جـــامعة دمشق

كلية الشريعة

الباعث وأثره

في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي

بحث أعدته طالبة الدراسات العليا

مصونة الخطيب الحسني

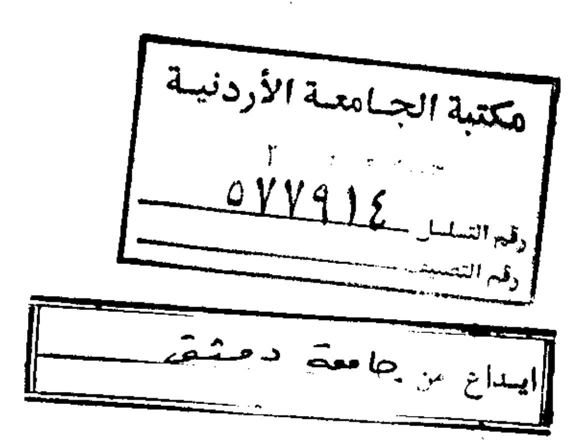
لنيل درجة الماجستير في الفقه الإسلامي وأصوله

بإشراف

الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي

رئيس قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه سابقاً

١٤٢٤ - ٢٠٠٣



الإهـــــــداء

- إلى الذي غرس النبتة
  فقضى قبل أن تؤتي أكلها

والدي
رحمه الله

- وإلى التي صبرت فآثرت ....

والدتي
حفظها الله

" رَّبِّ اغْفِرْ لي وَلِوَالِدَيَّ رَّبِّ ارحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيراً "

*** *** *** ***

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديـــم

الحمد لله المقصود بصالح الأقوال والأعمال ، المطلوب رضـــاه في الإرادات والأحـــوال ، نحمدك اللهم على ما مننت به من التوفيق ونصلي ونسلم على سيدنا محمد الهادي إلى أقوم طريق صلوات الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم .

وبعد : فإن كل ما يقوم به الإنسان من أفعال إرادية تتجه نحو أهداف يريـــد تحقيقهـــا ينسجها في تصورات وطموحات تنتصب أمام عينيه تجذبه إليها جذباً وتشغل باله وفكره ، فلا يهدأ حتى يدركها وإلا بقي متحسراً عليها متألماً ، ولا بد لتلك الأفعال حتى تصل إلى أهـــدافها المنشودة من محركات تدعو الإنسان إلى فعلها وتحقيقها ، هذه المحركات يطلق عليها : البواعـــث والمقاصد .

وتعد البواعث العناصر النفسية التي توضح الشخصية وتكشف عما تنطوي عليه مـــن صفات ذميمة تنم عن طبيعة غير سوية للفرد ، كما أنها تكشف عما تنطوي عليه من صـــفات حسنة ، ولفكرة الباعث صلة وثيقة بقواعد الأخلاق والنظام الشرعي العام ، فالله تعالى العـــالم بالنفس الإنسانية شرع لعباده من الأحكام ما فيه صلاح أمرهم في حياتهم ومعادهم ، فبـــيّن لهـــم الهدف والغاية والسبيل التي ينبغي أن يسلكوها للوصول إلى أهدافهم بتشريع ما فيـــه إصـــلاح مقاصدهم وحثهم على الإخلاص في نياتهم .

ولا خلاف بين العلماء أن النية الباعثة على العمل هي على مدار حل الفعل وحرمته ، فليس للإنسان من عمله إلا ما نواه وقصده والأصل في هذا ما جاء في الصحيح عن عمر بـــن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : " سمعت رسول الله ﷺ يقول : إنما الأعمال بالنيات وإنمـــا لكل امرئ ما نوى ، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ، ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو إلى امرأة ينكحها ، فهجرته إلى ما هاجر إليه " [1]. فمن عقد علـــى امرأة ناوياً التأقيت وكان باعثه تحليل المطلقة ثلاثـــاً لزوجها أثم ، وإن نوى اســـتدامة النكـــاح

---

[1] - متفق عليه ، انظر : ص/ ١٦ .

وعفاف النفس وتكثير الذرية أثيب ، هذا من حيث ترتب الثواب والعقاب في الحياة الآخرة ، وهو ما يعرف بالحكم الدياني .

لكن الخلاف في الحكم القضائي فهل يكون للنية الباعثة أثر في التصرفات والعقود ؟ وهل يكون أساس ترتب الأحكام وإعطاء وصف الصحة والبطلان للتصرفات والعقود هو ظاهر القول الذي أنشأها دون الالتفات إلى ما وراءه من نية باطنة وقصد خفي وباعث مستتر دفع إلى إنشاء هذا التصرف أو العقد ؟ أم يكون الأساس هو النية الباطنة والقصد الخفي والباعث المستتر بما دلت عليه القرائن دون ظاهر القول ؟ كما في عقد البيع بقصد التوصل إلى الربا ، فهل يحكم القضاء ببطلان البيع باعتبار أن الباعث عليه والمقصود منه أمر محرم ؟ أم يحكم بصحة العقد باعتبار أن ظاهره صحيح ؟ .

ومن ثم هل يُعَدّ الباعث ركناً في التصرف داخلاً فيه لا يمكن أن ينفصل عن النية الظاهرة أم لا ؟ فيكون التصرف بدون الباعث مستوفياً لكل عناصر وجوده المكونة له ويصبح الباعث في هذه الحالة ظاهرة منعزلة ليس له أي قيمة .

كل هذه التساؤلات كانت الباعث والدافع لي إلى اختيار موضوع هذه الرسالة التي عنونت لها بـ : **الباعث وأثره في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي** .

- **فالغرض من البحث :**

- بيان أقوال الفقهاء في مسألة الباعث خاصة وأنه قد هبت في هذا العصر نزعة مادية حركت رياحها بعض عقول المسلمين فغدوا ينظرون إلى الأحكام الشرعية نظرات مادية جافة ، فالمهم عندهم مجرد التطبيق الظاهري للأحكام الشرعية وإن لم تصاحب ذلك التطبيق روح التدين والالتزام .
- بيان أن الفقه الإسلامي وأحكامه الشرعية ليست مجرد مواد قانونية لا رابط بينها بل إنها محفوفة من جوانبها كلها بضوابط الإيمان وثوابت الأخلاق ، فعلى الرغم من أن الفقه الإسلامي يأخذ بمبدأ الإرادة الظاهرة إلا أنه فقه تتغلب عليه العوامل الخلقية والدينية ، ومن شروط المسؤولية الخلقية توفر النية بمختلف حالاتها وهذا لا خلاف فيه ، وإن كان الواقع الذي عليه الفقهاء أنهم مختلفون في مدى تأثير الباعث في صحة التصرف ، فمنهم من اعتدّ

به ولم يكتف بالظاهر ومنهم من أهدره واكتفى بالظاهر ، ومنهم من توسط بين هذا وذاك .

- **أهمية الموضوع العملية :**

وتظهر أهمية الموضوع في تجلية المذاهب والاتجاهات الفقهية وتوضيح مالها وما عليها، وبيان الفرق بين الحكم الدياني والحكم القضائي وأنه لا تلازم بينهما ، فمن لا يعتد بالباعث غير المشروع ويحكم بصحة العقد قضاء لاشتماله على أركانه وشروطه المطلوبة شرعاً لا يقول بإباحته وإنما هو مكروه أو محرم وعاقده آثم عاص ، لأن المهم في الأحكام الشرعية هو النظر إلى الأشياء من ناحية الحل والحرمة .

كما أن العناية بالباعث والاهتمام به يؤدي وظيفة اجتماعية وهي حماية الفرد والمجتمع ، فقد جعل الباعث قيداً على الإرادة حتى لا تخرج في تصرفاتها عن تحقيق مقاصد الشرع ، ومؤيد ذلك هو إبطال التصرف حال كون الباعث عليه غير مشروع ، ويظهر ذلك في المعيار الشرعي في الإسلام وهو التكافؤ بين حقوق العاقد والتزاماته وجعله محوراً تدور عليه معظم أحكام المعاملات ، وجعل الإخلال به مستوجباً للبطلان أو الفساد في العقد .

أخيراً إن تتبع البواعث غير المشروعة ودراستها يكشف عن اتجاه شخصية صاحبها مما يساعد على تلمس وسيلة العلاج الأمثل من ردع وزجر حسب حال كل فرد . فيكون الجزاء متنوعاً إما بإبطال التصرف أو المعاملة بنقيض القصد .

- **الجهود السابقة :**

لم يبحث الفقهاء المتقدمون من أتباع المذاهب في مسألة " الباعث " في كتاب مفرد ، بل أشاروا إلى هذا الموضوع في أبواب متفرقة من كتب الفقه والأصول ، ولاحظوا معناه في كلامهم على العبادات والمعاملات في عقود وتصرفات ولكنهم تناولوه في ألفاظ أخرى دارت على ألسنتهم وفي كتبهم كالنية والقصد والإخلاص ، وتوسعوا في بحث النية في العبادات أكثر من غيرها .

وقد أفاض ابن القيم رحمه الله (٧٥١هـ) في كتابه " إعلام الموقعين " القول في الباعث وإعماله وأنه أصل من أصول الدين وبحثه تحت اسم النية والقصد .

ومن ثم الشاطبي رحمه الله (٧٩٠هـ) في كتابه " الموافقات " في القسم الثاني من كتاب المقاصد وأسماه مقاصد المكلفين .

ومن قبلهم الغزالي رحمه الله (٥٠٥هـ) في كتابه " إحياء علوم الدين " لكن كلامه عن الباعث والإخلاص والنية كان نظرياً ومن زاوية الحكم الدياني وحسب دون التعرض للحكم القضائي ، فهو لم يعتد بالباعث غير المشروع لإبطال العقود والتصرفات وإنما سار في كتابه " الوسيط في المذهب " مع مذهب إمامه الشافعي رضي الله عنه ولم يخالفه .

وحديثاً قام بتأصيل نظرية الباعث وتجميع أحكامها المنثورة في كتب الفقه :

- الأستاذ الدكتور فتحي الدريني في كتابه " الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده " وكتابه " النظريات الفقهية " .
- وأستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي في كتابه " الفقه الإسلامي وأدلته " وكتابه " الباعث على العقود في الفقه الإسلامي وأصوله " .
- والدكتور عبد الكريم زيدان في كتيبه " أثر القصود في التصرفات والعقود " .
- والدكتور علي حسن عبد الله الشرفي في كتابه "الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية ".[1] وهذا الكتاب خلافاً لسابقيه جمع فيه الباحث بين الدراسة النظرية للباعث وبين الدراسة التطبيقية في الفقه الجنائي .
- والباحثة حليمة آية حمودي [2] في كتابها " نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي " .
- وللدكتور الهادي عبد الهادي أطروحة دكتوراه بعنوان " الباعث غير المشروع في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي " [3] ، لم أوفق في العثور عليها رغم الجهود المضنية في سبيل ذلك ولعلها غير مطبوعة .

---

[1] - وهي دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية في كلية الشريعة والقانون - جامعة صنعاء .

[2] - لم تذكر الباحثة في مقدمة كتابها فيما إذا كان أصله رسالة لنيل درجة علمية أم لا .

[3] - هذه الأطروحة مقدمة إلى كلية دار العلوم - جامعة القاهرة ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٥ م .

- وللدكتور عمر سليمان الأشقر كتاب بعنوان " مقاصد المكلفين فيما يتعبد به لرب العالمين أو النيات في العبادات " اقتصر فيه على العبادات .

وقد استفدت من جميع الدراسات السابقة ، إضافة إلى ما كتب عن " نظرية السبب " في الكتب الفقهية والقانونية التي تبحث في نظرية العقد أو نظرية الالتزام ، فالباعث عند رجال القانون يبحث تحت هذا العنوان . وأهمها : كتاب " مصادر الحق " للدكتور عبد الرزاق السنهوري " وكتاب " التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي " للدكتور وحيد الدين سوار .

وأرجو أن يكون هذا البحث متميزاً عن غيره لأنه تضمن دراسة نظرية عن مفهوم الباعث ، ببيان معناه وتحديد طبيعته التكوينية وخصائصه إضافة إلى أثره في المسائل الفقهية .

• منهج البحث

وقد اتبعت في دراستي المنهج النقلي الموضوعي الاستقرائي المقارن .

فهو منهج نقلي موضوعي : تتبعت فيه نصوص الفقهاء وعباراتهم من غير تعصب لرأي معين ، وحرصت على التزام الأمانة العلمية في عزو الأقوال إلى أصحابها ، فبذلت الجهد في نقل قول كل قائل من كتابه وإلا نقلته من كتب أصحابه المعتمدة لتأكيد ما ذهب إليه مع تمييز كل ذلك بعلامات التنصيص والأقواس ، ودعمت ذلك بالنصوص الشرعية من الكتاب والسنة ، فبينت مواضع الآيات القرآنية الكريمة بذكر اسم السورة ورقم الآية ، وخرجت الأحاديث النبوية الشريفة من كتب الأحاديث المشهورة ، واكتفيت في عزو الأحاديث إلى الكتاب والباب ورقم الحديث دون ذكر الجزء والصفحة ، فذكر الرقم يغني عن ذلك ، وإذا كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما اكتفيت بالعزو إليهما ، إلا لضرورة كورود لفظ يستفاد منه حكم لم يرد في الصحيح .

وهو منهج استقرائي : تتبعت فيه أقوال الفقهاء في كثير من المسائل الفقهية التي كان للباعث أثر في أحكامها إلا أني لم استقص جميع ما نص عليه الفقهاء في مصنفاتهم ، فيبقى المجال متسعاً لمن يريد أن يستدرك أو يتمم .

وهو منهج مقارن : قارنت بين المذاهب الفقهية واقتصرت على المذاهب الأربعة المشهورة وأشرت في بعض الأحيان إلى المذهب الظاهري ، فبينت آراء العلماء وأدلتهم

ومناقشاتهم إن وجدت والرأي الراجح ، كما قارنت بين الفقه وبين ما هو مطبق حالياً في القانون المدني السوري وأصله المصري ، وما كان ذلك إلا لبيان عظمة الشريعة الإسلامية وسبقها للقانون الوضعي في معالجة هذا الموضوع ، وإن كانت الشريعة أسمى من أن تقارن بقانون من وضع البشر .

وقد قمت بشرح المصطلحات والكلمات الغريبة ، وربطت المعلومات السابقة باللاحقة، والعكس ، عن طريق الإحالات الهامشية . ووضعت فهارس علمية في آخر الرسالة تسهل الاستفادة منها وهي : فهرس الآيات ، والأحاديث والآثار ، والأعلام ، والقواعد الفقهية ، والمصادر والمراجع ، وأخيراً فهرس الموضوعات .

أما ترجمة الأعلام فلم أشأ ترجمة كل علم بمجرد ذكره كما جرت العادة ، وإنما ترجمت لمن رأيت ضرورة لترجمته دون المشهورين من الأئمة الأعلام من صحابة وتابعين وفقهاء ومعاصرين .

وحجتي في ذلك ما وفقني الله في الإطلاع عليه من قول أستاذنا الدكتور نور الدين عتر في مقدمة تحقيقه لكتاب " شرح علل الترمذي " ناقداً فيه من أطال من المحققين التعليقات بتراجم الأعلام لمجرد ورودها تقليداً للأسلوب الأجنبي في الكتابة والتحقيق ، فقال : " فليس بلازم لنا أن نسلك هذا الأسلوب ... ولا سيما وأن هذه التراجم المقتضبة لا تفي بالغرض في أكثر الأحيان" (١) ، وقد اكتفيت في فهرس الأعلام ببيان اسم العلم كاملاً وتاريخ وفاته وصفته .

ولما كان موضوع الرسالة :" الباعث وأثره في العقود والتصرفات " فإن الدراسة لا تقتصر على بيان أثر الباعث كما في الدراسات التطبيقية التي تحدثت عن الموضوع والسابق ذكرها، وإنما يلزم من عنوان الرسالة تحديد معنى الباعث وبيان طبيعته وخصائصه ، لذا اقتضى الأمر أن أمهد للموضوع بتعريف كل من القصد والنية ، وبيان مكانة الباعث من نظرية المقاصد ، لتتوضح فكرة الباعث ، لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره .

- **خطة البحث**

جعلت البحث في تمهيد وأربعة فصول وخاتمة ، وجعلت الفصل مقسماً إلى مباحث وأدرجت تحت المباحث مطالب وفروعاً .

---

(١) - شرح علل الترمذي لابن رجب الحنبلي ، المقدمة ١/٥٩- ٦٠، دار العطاء ط ١/ ١٤٢١ء الرياض .

- **الفصل الأول : المفهوم العام للباعث وفيه مبحثان :**

المبحث الأول : تعريف الباعث وضابطه

المبحث الثاني : خصائص الباعث وأقسامه .

- **الفصل الثاني : مشروعية الباعث ويتضمن أربعة مباحث :**

المبحث الأول : مفهوم النظام الشرعي العام .

المبحث الثاني : الباعث أصل من أصول الأخلاق .

المبحث الثالث : النظام العام والآداب في القانون .

المبحث الرابع : مقارنة بين النظام الشرعي العام والنظام العام والآداب في القانون .

- **الفصل الثالث : مفهوم الباعث في العقود والتصرفات ويتضمن ثلاثة مباحث :**

المبحث الأول : العقد أساس لدراسة الباعث .

المبحث الثاني : صيغة العقد .

المبحث الثالث : مكانة الباعث في النظرية العامة للعقد .

- **الفصل الرابع : أثر الباعث غير المشروع في الفقه الإسلامي ويتضمن تمهيداً ومبحثين :**

المبحث الأول : الباعث غير المشروع في المذاهب الفقهية .

المطلب الأول : أصحاب الإرادة الظاهرة

المطلب الثاني : أصحاب الإرادة الباطنة .

المبحث الثاني : أدلة المذاهب الفقهية ومناقشتها .

المطلب الأول : علاقة الباعث بسد الذرائع .

المطلب الثاني : علاقة الباعث بقاعدة الحيل

المطلب الثالث : أدلة الإمام الشافعي

المطلب الرابع : مناقشة الأدلة والترجيح

- **الخاتمة : وتتضمن النتائج التي تم التوصل إليها .**

والله أسأل أن يوفقني لصواب القول والعمل ، وأن يعم النفع بما قدمت ويجعله عملاً خالصاً لوجهه الكريم وقد حاولت إتقان أسبابه ما استطعت ، فإن أحسنت فهو من فضل الله وتوفيقه ، وإن أسأت فهو جهد المقل أعترف بضعفي وعجزي وقلة بضاعتي .

ولا يفوتني في الختام أن أسجل شكري الجزيل لأستاذنا الفاضل فضيلة الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي الذي تكرم وتفضل بالإشراف على هذه الرسالة على الرغم من مشاغله الكثـــيرة وأسفاره العديدة نفع الله به وزاده من فضله وجزاه عنا أحسن الجزاء وبارك له في وقته .

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر إلى إخوتي الأكارم على ما بذلوه من عطاء ، فقد كانوا عوناً لي وطاقة دافعة تنير لي الطريق وتشعل في نفسي الأمـــل من جديد كلمـــا شـــعرت بالعجز وعدم القدرة على مواصلة السير .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

دمشق في ١٤٢٣/١٠/٦هـ

٢٠٠٢/١٢/١٠م

كتبته

مصونة الخطيب الحسني

تمهيـــــد

أولا: مكانة الباعث في نظرية[1] المقاصد :

المقاصد باب من العلم له أهمية عظيمة في الشريعة الإسلامية ، خاصة وأن هـــذه الشـــريعة جاءت لرفع الحرج عن الناس ودفع الضرر وتحقيق مصالح العباد ، ولتحل لهم الطيبات وتحـــرم عليهم الخبائث وتضع عنهم إصرهم والأغلال التي كانت عليهم ، ولتصلح شؤونهم في العـــاجل والآجل .

ومعرفة المقاصد تمكّن المسلمين من العيش باستمرار تحت ظل الشريعة الإسلامية وتنظيـم شؤون حياتهم وفقاً لتوجيهات الشارع الحكيم ، فيحققون غاية الحق من الخلق بتحقيق المفـــهوم الشـــامل للعبادة الكاملة في هذا الوجود المسبح كله بحمد ربه ((**وإن مِّن شَـــيءٍ إلَّا يُسَـبِّحُ بِحَمْدِهِ**)) [الإسراء /٤٤] .

وقـــد حـــصر الغزالي رحمه الله مقاصد الشريعة بأمور ذكرها في كتابه " المســـتصفى " فقال :"ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو : أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسـلهم ومالهم ، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة " [2].

وذكر صاحب الريادة والمكانة في هذا الباب ، العز بن عبد السلام رحمه الله ، الغـــرض الذي استهدفته نظرية المقاصد في مقدمة كتابه " قواعد الأحكام في مصالح الأنام " فقال : الغـرض بـــوضع هذا الكتاب بيان مصالح الطاعات والمعاملات وسائر التصرفات ، ليســـعى العبـــاد في

---

(١) - النظرية يعني الإطار الكلي الذي ينتظم ويجمع شتات حقائق جزئية وينسق بينها ويعطيها - على ما بينها من تبـــاعد وتنوع - بعداً واحـــداً ومغزى واحداً، وقد بيّن أستاذنا الدكتور وهبـــة الزحيلي مقصوده بالنظريـــة الفقهيـــة بقوله : " النظرية : معناها المفهوم العام الذي يؤلف نظاماً حقوقياً موضوعياً تنطوي تحته جزئيات موزعة في أبواب الفقه المختلفة كنظرية الحق .. ونظرية الضرورة الشرعية " ، ثم فرّق بين النظرية الفقهية والقاعدة الفقهية فقال : النظرية بناء عـــام لقضايا ذات مفهوم واسع مشترك ، أما القاعدة فهي ضابط أو معيار كلي في ناحية مخصوصة من نواحي النظرية العامة. الفقه الإسلامي وأدلته ٧/٤ دار الفكر ط ٣ / ١٩٨٩، دمشق .

(٢) - المستصفى من علم أصول الفقه ٢٨٧/١ (الأصل الرابع من الأصول الموهومة : الاستصلاح) دار إحياء الـــتراث العربي ط ١٤١٤/٣ بيروت ، مصورة عن الطبعة الأميرية ببولاق /١٣٢٤ .

كسبها ،وبيان مقاصد المخالفات ليسعى العباد في درئها ، وبيان مصالح المباحات ليكون العباد على خيرة منها ، وبيان ما يقدم من بعض المصالح على بعض وما يؤخر من بعض المفاسد عن بعض ، مما يدخل تحت أكساب العباد ، دون ما لا قدرة لهم عليه ولا سبيل لهم إليه ".

ثم بيّن أن الشريعة كلها معللة بجلب المصالح ودرء المفاسد ، سواء منها ما نص على تعليله أو ما لم ينص عليه ، فما نص على تعليله فيه تنبيه على ما لم ينص عليه ، فقال : "والشريعة كلها نصائح ، إما بدرء مفاسد وإما بجلب مصالح ، فإذا سمعت الله يقول : " يا أيها الذين آمنوا " فتأمل وصيته بعد ندائه ، فلا تجد إلا خيراً يحثك عليه أو شراً يزجرك عنه أو جمعاً بين الحث والزجر ، وقد أبان في كتابه ما في بعض الأحكام من المفاسد ، حثاً على اجتناب المفاسد، وما في بعض الأحكام من المصالح حثاً على إتيان المصالح "[1] .

ويؤكد هذا المعنى في موضع آخر من كتابه في قوله : " التكاليف كلها راجعة إلى مصالح العباد في دنياهم وأخراهم ، والله غني عن عبادة الكل ، لا تنفعه طاعة الطائعين ولا تضره معصية العاصين" [2].

وفي ذلك قال تاج الدين السبكي رحمه الله : " قد رَجَع الشيخ عز الدين الفقه كله إلى اعتبار المصالح ودرء المفاسد ، بل قد رَجَع الكل إلى اعتبار المصالح ، فإن درء المفاسد من جملتها "[3].

- **تعريف مقاصد الشريعة**

عرف أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي مقاصد الشريعة بقوله : " هي المعاني والأهداف الملحوظة للشرع في جميع أحكامه أو معظمها ، أو هي الغاية من الشريعة ، والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها "[4].

---

[1] - قواعد الأحكام في إصلاح الأنام ، عز الدين بن عبد السلام ٩/١ (فصل في بيان مقاصد هذا الكتاب) ط / المكتبة التجارية الكبرى ، القاهرة .

[2] - المرجع السابق ١٢٦/٢ (فصل في بيان أقسام العبادات والمعاملات) .

[3] - الأشباه والنظائر للسيوطي /٣٩ ، المكتبة التوفيقية ط /١ القاهرة .

[4] - أصول الفقه الإسلامي أ .د . وهبة الزحيلي ١٠١٧/٢ دار الفكر ط ١٩٨٦/١ .

وقد ثبت قطعاً أن الله تعالى ما أنزل هذه الشريعة الغراء إلا لمقاصد ، وهي تحقيق مصالح العباد في العاجل والآجل معا وتنظيم شؤون حياتهم وفقاً لأحكامها ، إما بجلب النفع لهم أو بدفع الضرر والفساد عنهم كما دل عليه الاستقراء وتتبع الأحكام وأرشدت إليه النصوص الشرعية من حيث المبدأ وأكدته تفاصيل الأحكام الجزئية .

قال تعالى في بعثة الرسل وهو الأصل : ((**رُسُلاً مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ**)) [النساء /١٦٥] . وقال : ((**وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِلعَالَمِينَ**))[الأنبياء /١٠٧] .

وقال في أصل الخلقة : ((**وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالأَرْضَ فِي سِتَّةِ أَيَّامٍ وَكَانَ عَرْشُهُ عَلَى المَاءِ لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلاً**)) [هود/٧] . وقال ((**وَمَا خَلَقْتُ الجِنَّ وَالإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ**)) [الذاريات /٥٦] .

كما اشتملت آيات الكتاب المبين على التعاليل لتفصيل الأحكام وهي أكثر من أن تحصى ، قال تعالى بعد آية الوضوء : ((... **مَا يُرِيدُ اللهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ وَلَكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ**)) [المائدة /٦] .

وقال في القصاص : ((**وَلَكُمْ فِي القِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ**)) [البقرة /١٧٩] . وفي الجهاد قال : ((**أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظُلِمُوا** ...)) [الحج /٣٩] .

وكذلك شاع في السنة النبوية الشريفة ذكر المقاصد والعلل ، فعن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال : " سمعت النبي ﷺ يسأل عن شراء التمر بالرطب . فقال رسول الله ﷺ: "أينقص الرطب إذا يبس ؟ " قالوا : نعم ، فنهاه – رسول الله ﷺ عن ذلك [1].

قوله " أينقص الرطب " تنبيه على علة المنع بعد اتحاد الجنس ، وليس بسبب الجهل بالنقص . قال في " البحر المحيط " : قال الشيخ أبو حامد الإسفراييني : ولم يسأل النبي ﷺ عن

---

[1] - أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب البيوع والإجارات ، باب : في التمر بالتمر ، رقم (٣٣٥٩) واللفظ له ، والترمذي في سننه ، في البيوع ، باب : النهي عن المحاقلة والمزابنة ، رقم (١٢٢٥) وقال : هذا حديث حسن صحيح ، والنسائي في سننه ، البيوع ، باب : اشتراء التمر بالرطب ، رقم (٤٥٥٩) ، وابن ماجه في سننه في التجارات ، باب : بيع الرطب بالتمر ، رقم (٢٢٦٤) ، والإمام أحمد في مسنده ، رقم (١٥١٥) بلفظ " فكرهه " ورقم (١٥٤٤- ١٥٥٢) بلفظ " فلا إذن " ط /عالم الكتب بتحقيق أحمد محمد شاكر .

ذلك لأنه لم يعلمه ، لأن ذلك معلوم لكل أحد بالحس ، وإنما سأل عنه ليبين أنه منع من بيعه لأجل أنه ينقص ، لئلا يُظَنَّ ظانٌّ أنه لغير هذه العلة " [1].

وفي حال إغفال النص القرآني ، أو النبوي لمقصده ، سواء في المعاملات أو العبادات ،فإنه يندرج تحت المقاصد العامة للشريعة والغايات الكلية .

- **تقسيم المقاصد بحسب ما تهدف إليه :**

للشريعة مقاصد عامة : وهي تلك التي تراعيها وتعمل على تحقيقها في كل أبوابها التشريعية وهي المراد عندما يقال : " مقاصد الشريعة " .

ومقاصد خاصة : وهي التي تهدف- أي الشريعة - إلى تحقيقها في باب معين ، أو في أبواب قليلة متجانسة من أبواب التشريع [2].

ومقاصد جزئية : وهي ما يقصده الشارع من حكم شرعي من إيجاب أو تحريم أو ندب أو كراهة أو إباحة أو شرط أو سبب .

وهذه الأخيرة محل عناية الفقهاء لأنهم أهل التخصص في جزئيات الشريعة ودقائقها ، فكثيراً ما يشيرون إلى هذه المقاصد الجزئية في استنباطاتهم واجتهاداتهم ، إلا أنهم قد يعبرون عنها بعبارات أخرى كالحكمة أو العلة أو المعنى [3] ، وأحيانا الغرض والمراد والهدف والفائدة والثمرة.

وعناية علماء الشريعة ببيان المقاصد والعلل والمصالح المترتبة على الأحكام وإبراز أهميتها متفاوتة فيما بينهم ، وإن كان العز بن عبد السلام رحمه الله (٦٦٠هـ) هو أول من فتح باب نظرية المقاصد ، إلا أن الشاطبي رحمه الله (٧٩٠هـ) من بعده هو الذي رسم هيكل هذه النظرية وأبرز معالمها ودافع عن أهميتها وضرورة العمل بمقتضاها حتى قيل عنه : شيخ المقاصد .

---

(١) - البحر المحيط في أصول الفقه ، للزركشي ١٨٨/٥ (المسلك الثاني - النص في العلة) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت ط ١٩٩٢/٢ تحرير د . عبد الستار أبو غدة .

(٢) - خير من اعتنى بها الطاهر بن عاشور في كتابه مقاصد الشريعة الإسلامية .

(٣) - لن أخوض في بيان العلاقة ما بين هذه العبارات منعاً من الإطالة . انظر : نظرية المقاصد عند الشاطبي د . أحمد الريسوني /٨ وما بعدها .

فقد قسَم الشاطبي رحمه الله : المقاصد إلى قسمين : قصد الشارع ، وقصد المكلف [1].

وقسَم قصد الشارع إلى أربعة أنواع هي :

١- قصد الشارع في وضع الشريعة ابتداء [2].

٢- قصد الشارع في وضع الشريعة للإفهام .

٣- قصد الشارع في وضع الشريعة للتكليف بمقتضاها .

٤- قصد الشارع في دخول المكلف تحت حكمها .

ومقاصد الشارع إما أن تكون : ضرورية ، أو حاجية ، أو تحسينية .

فالضروريات لابد منها في قيام مصالح الدين والدنيا ، وقد يترتب على فقدانها اختلال وفساد كبير في الدنيا والآخرة . وهي خمسة : حفظ الدين النفس والعقل والنسل والمال . وأطلق العلماء على هذه الأمور اسم : الكليات الخمسة التي تُعَدُّ عندهم أصولاً للشريعة وأهدافها العامة التي ترمي إلى حفظها كما قال الشاطبي رحمه الله : (إن الأصول الكلية التي جاءت الشريعة بحفظها خمسة وهي : الدين والنفس والعقل والنسل والمال) [3].

أما الحاجيات : فهي التي يتحقق بها رفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة .

وأما التحسينات : فمعناها : الأخذ بما يليق من محاسن العادات ، وتجنب الأحوال المدنِّسات التي تأنفها العقول الراجحات [4].

ومن مقاصد الشارع من وضع الشريعة : دخول المكلف تحت أحكامها ليخرج بذلك عن داعية هواه ، حتى يكون عبداً لله اختياراً كما أنه عبد له اضطراراً [5] ، وجاءت النصوص

---

(١) - الموافقات في أصول الشريعة ، لأبي إسحاق الشاطبي ٥/٢ كتاب المقاصد ، ط/ المكتبة التجارية الكبرى .

(٢) - وقد عقب الشيخ عبد الله دراز في الحاشية بأن " قصد الشارع في وضع الشريعة ابتداء هو القصد الأول ، وكل ما عداه كأنه تفصيل له " المرجع السابق .

(٣) - الموافقات ٤٧/٣ (كتاب الأدلة الشرعية ، الطرف الأول في الأدلة على الجملة ، المسألة الثامنة : الأدلة المكية أصول كلية ....) .

(٤) - الموافقات ١١/٢ (كتاب المقاصد ، النوع الأول ، المسألة الأولى) .

(٥) - الموافقات ١٦٨/٢ (كتاب المقاصد ، النوع الرابع ، المسألة الأولى) وقد نبه الشيخ عبد الله دراز إلى أن" هذا قصد آخر للشارع من وضع الشريعة ، غير النوع الأول الذي قرره ، من أن قصد الشرع إقامة المصالح الدنيوية والأخروية على وجه كلي ، ولا تنافي بين القصدين ، فالأول معناه ، وضع نظام كامل للسعادة في الدنيا والآخرة لمن تمسك به ، والرابع - حسب ترتيب الشاطبي - أن الشارع يطلب من العبد الدخول تحت هذا النظام والانقياد له لا لهواه " .

القرآنية في إثبات ذلك كقوله تعالى : ((وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ * مَا أُرِيدُ مِنْهُم مِّن رِّزْقٍ وَمَا أُرِيدُ أَن يُطْعِمُونِ)) [الذاريات /٥٦-٥٧] ، وقوله : ((وَأْمُرْ أَهْلَكَ بِالصَّلَاةِ وَاصْطَبِرْ عَلَيْهَا لَا نَسْأَلُكَ رِزْقاً نَّحْنُ نَرْزُقُكَ ...)) [طه /١٣٢] .

كما جاءت النصوص القرآنية بذم اتباع الهوى ، قال تعالى : ((فَأَمَّا مَن طَغَى * وَآثَرَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا * فَإِنَّ الْجَحِيمَ هِيَ الْمَأْوَى)) [النازعات /٣٧-٣٨-٣٩] ، ودلت التجارب والعادات على أن المصالح الدينية والدنيوية لا تحصل مع الاسترسال في اتباع الهوى والمشي مع الأغراض لما يلزم في ذلك من التهارج والتقاتل ، وهو مضاد لتلك المصالح [١].

وكل عمل كان المتبع فيه الهوى بإطلاق من غير التفات إلى الأمر أو النهي أو التخيير فهو باطل بإطلاق ، لأنه لابد للعمل من حامل يحمل عليه وداع يدعو إليه [٢]، فإذا لم يكن لتلبية الشارع في ذلك مدخل فليس إلا مقتضى الهوى والشهوة ، وما كان كذلك فهو باطل بإطلاق ،... وكل فعل كان المتبع فيه بإطلاق : الأمر أو النهي أو التخيير ، فهو صحيح وحق ، ... وأما إن امتزج فيه الأمران فكان معمولاً بهما فالحكم للغالب والسابق [٣].

القسم الثاني من المقاصد هو مقاصد المكلف ، لأن مقاصد الشرع تبقى مجرد نظرية أو أفكارٍ في أذهان العلماء لا تتحقق ما لم تتم العناية بمقاصد المكلف ، إذ إنه لابد أن يكون للمكلف قصد يقصده من وراء عمله - صالحاً كان أو فاسداً - وإلا كان عمله عبثاً لا يترتب عليه شيء .

فقصد الفاعل في فعله يجعل عمله عبادة أو رياء صحيحاً أو باطلاً فرضاً أو نافلة ، بل يجعله إيماناً أو كفراً ، كالسجود لله ، أو لغيره . " فالعمل إذا تعلق به القصد تعلقت به الأحكام التكليفية ، وإذا عَرِيَ عن القصد لم يتعلق به شيء منها ، كفعل النائم والغافل والمجنون " [٤].

وعلاقة مراعاة مقاصد المكلف بمقاصد الشارع أن الشريعة لما كانت موضوعة لمصالح العباد كان المطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله ، أي أن يكون قصد المكلف في الفعل موافقاً لقصد الشارع في التشريع ، فإذا خالف المكلف ما جاء به الشرع فعمله يُعَدُّ

---

[١] - الموافقات ١٧٠/٢ (كتاب المقاصد ، النوع الرابع ، المسألة الأولى) .

[٢] - هذا هو " الباعث " موضوع البحث .

[٣] - - الموافقات ١٧٣/٢ - ١٧٤ (كتاب المقاصد ، النوع الرابع ، المسألة الأولى) .

[٤] - الموافقات ٣٢٤/٢ (القسم الثاني : مقاصد المكلف ، المسألة الأولى) .

مناقضاً لقصد الشارع ، وكل عمل يناقض قصد الشارع من التشريع ... لا يستحق القبول ولا الإثابة عليه [1].

والدليل على أن قصد المكلف يجب أن يكون موافقاً لقصد الشارع واضح وظاهر من وضع الشريعة ، إذ إنها ما وضعت إلا لمصالح العباد على الإطلاق والعموم ، والواجب على المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله ، وأن لا يقصد خلاف ما قصده الشارع ، لأنه ما خُلق إلا لعبادة الله ، وفعله الموافق لقصد الشارع هو نتيجة وثمرة العبادة [2].

فإذا قصد المكلف بفعله للأمر المشروع غير ما قصده الشارع من هذا الفعل يُعَدُّ في الحقيقة مخالفاً للشارع ، لأن الشارع إنما شرعه لغرض معلوم فيكون المكلف قد فعل غير المأمور وترك ما أمر به ، وهذه مناقضة لا ريب فيها .

وإذا خالف المكلف قصد الشارع ، يعني أنه أهمل ما اعتبره الشارع ، واعتبر ما أهمله لتوهم أن الحسن والمصلحة فيما قصد ، وهذه مناقصة واضحة للشريعة .

وإذا خالف المكلف بفعله قصد الشارع ، فقصد قصداً آخر ، جعل الفعل أو الترك المشروع وسيلة لفعله ، فصار ما هو عند الشارع مقصود وسيلة عنده ، أي جعل أحكام الشارع مطية لتحقيق أغراضه ومصالحه غير المشروعة [3] .

وقد وردت النصوص في الكتاب والسنة تؤكد ذلك ، قال الله تعالى : ((**وَمَن يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِن بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّى**)) [النساء /١١٥]

وبشأنها قال عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه : " سن رسول الله صلى الله عليه وسلم وولاة الأمر من بعده سنناً الأخذ بها تصديق لكتاب الله واستكمال لطاعة الله وقوة على دين الله ، من عمل بها مهتد ومن استنصر بها منصور ، ومن خالفها اتبع غير سبيل المؤمنين ، وولاه الله ما تولى وأصلاه جهنم وساءت مصيراً " [4].

فالأخذ بما لم يأخذ به الرسول صلى الله عليه وسلم من حيث القصد إلى تحصيل المصالح ودرء المفاسد مشاقة ظاهرة ، وكل مشاقة للرسول فهي مناقضة لما جاء به من عند ربه .

---

(١) - الموافقات ٣٣١/٢ (القسم الثاني : مقاصد المكلف ، المسألة الثانية والثالثة) .

(٢) - المرجع السابق ، ٣٣١/٢ (المسألة الثانية) .

(٣) - المرجع السابق .

(٤) - المرجع السابق .

ومن السنة النبوية ما رواه عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، أن النبي ﷺ قال :" إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى ، فمن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها ، أو إلى امرأة ينكحها ، فهجرته إلى ما هاجر إليه " (١).

هذا الحديث أصل من أصول الإسلام العظيمة ، فهو ميزان للأعمال في باطنها ، ويدل على أن صلاح الأعمال وفسادها بحسب صلاح النيات وفسادها (٢).

وكما أن كل عمل لا يكون عليه أمر الله ورسوله فهو مردود على عامله (٣) ، كذلك كل عمل لا يراد به وجه الله تعالى فليس لعامله فيه ثواب ، فكيف إذا قصد به عامله خلاف قصد الشارع وكان باعثه غير مشروع ؟ .

فأعمال العاملين كلهم ينبغي أن تكون تحت أحكام الشريعة وأن تكون أحكام الشريعة حاكمة عليها بأمرها ونهيها ، فمن كان عمله جارياً تحت أحكام الشريعة موافقاً لها فهو مقبول ، ومن كان خارجاً عن ذلك فهو مردود .

وبعبارة أخرى : لا بد أن تكون عبادة (٤) الله بالصورة التي شرعها الله وبالكيفية التي ارتضاها ، وأن يكون قصد المكلف في العمل موافقاً لقصد الشارع من التشريع .

---

(١) - هو الحديث الأول في صحيح الإمام البخاري ، كتاب بدء الوحي ، وذكره في ستة مواضع أخرى من الصحيح عن ستة شيوخ له بألفاظ متعددة ، وطرق مختلفة عن عمر رضي الله عنه ، في كتاب الإيمان ، باب : ما جاء أن الأعمال بالنية رقم (٥٤) ، وفي كتاب العتق ، باب : الخطأ والنسيان في العتاقة والطلاق رقم (٢٥٢٩) ، وفي كتاب مناقب الأنصار ، باب : هجرة النبي ﷺ وأصحابه إلى المدينة رقم (٣٨٩٨) ، وفي كتاب النكاح ، باب : من هاجر أو عمل خيراً لتزويج امرأة فله ما نوى رقم (٥٠٧٠) ، وفي كتاب الأيمان والنذور رقم (٦٦٨٩) ، وفي كتاب ترك الحيل رقم (٦٩٥٣) ، وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه في كتاب الإمارة ، باب : قوله ﷺ إنما الأعمال بالنية رقم (١٩٠٧) ،" بلفظ إنما الأعمال بالنية " .

(٢) - جامع العلوم والحكم ، ابن رجب الحنبلي /٦٥ تحقيق شعيب الأرناؤوط ، مؤسسة الرسالة ط ١ /١٩٩١ .

(٣) - لقوله ﷺ " من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد " متفق عليه أخرجه البخاري في كتاب الصلح ، باب : إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود رقم (٢٦٩٧) ومسلم في كتاب الأقضية ، باب : نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور رقم (١٧١٨) .

(٤) - يقصد بالعبادة معناها الشامل (للعبادات والمعاملات) وليس المعنى الاصطلاحي للفقهاء .

ثانياً : تعريف النية والقصـــد

١)- تعريف القصد :

ذكر علماء اللغة أن القصد يأتي في اللغة لمعان[1] :

الأول : استقامة الطريق ، ومنه قوله تعالى : ((**وَعَلَى اللهِ قَصْدُ السَّبِيلِ ...**)) [النحل /٩] .

الثاني : العدل والتوسط وعدم الإفراط ، ومنه قوله تعالى : ((**وَاقْصِدْ فِي مَشْيِكَ**))[لقمان/١٩]

الثالث : الاعتماد والأمُّ وإتيان الشيء والتوجه ، تقول : قصده وقصد له وقصد إليـــه : إذا أمّه .

الرابع : الكسر في أي وجه كان ، تقول : قصدت العود قصداً كسرته .

وقد بيّن ابن جني[2] أصل مادة (قصد) فقال : أصل (ق ص د) ومواقعها في كـــلام العرب : الاعتزام والتوجه والنهود والنهوض نحو الشيء على اعتدال كان ذلك أو جور ، هذا أصله في الحقيقة ، وإن كان قد يُخصُّ من بعض المواضع بقصد الاستقامة دون الميل ، ألا تـــرى أنك تقصد الجَوْرَ تارة كما تقصد العدل أخرى ، فالاعتزام والتوجه شامل لهمـــا جميعـــاً[3] . وبعض الفقهاء جمع القصد على قصود ... وأما المَقصِد فيجمع على مقاصد[4].

أما في الاصطلاح : فلم أجد فيما وقفت للاطلاع عليه من كتب الفقه معنى اصطلاحياً أو شرعياً للقصد إلا ما قاله القرافي ، رحمه الله في كتابه " الأمنية في إدراك النية " : " وأمـــا القصد فهو الإرادة الكائنة بين جهتين : كمن قصد الحج من مصر وغيرها ومنه السفر القـــاصد ، أي في طريقة مستقيمة "[5].

---

[1] - تهذيب اللغة ، للأزهري . معجم مقاييس اللغة ، لابن فارس . مختار الصحاح ، للرازي . لسان العرب لابن منظور مادة (قصد) .

[2] - هو أبو الفتح عثمان بن جِنِّي توفي سنة (٣٩٢هـــ) له كتاب الخصائص في النحو . انظر كشف الظنون ، لحاجي خليفة ٧٠٦/١ منشورات مكتبة المثنى ، بغداد .

[3] - لسان العرب مادة (قصد) .

[4] - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ، للفيومي مادة (قصد) .

[5] - الأمنية في إدراك النية ، للقرافي /١٦-١٧ تحقيق أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضري ، دار اليمامة ط ١٤١٨/١ دمشق .

ولعل أقرب المعاني اللغوية إلى ما يتناسب مع المعنى الاصطلاحي هو المعنى الثالث إذ فيه الأمّ والاعتماد وإتيان الشيء والتوجه ، وكلها تدور حول إرادة الشيء والعزم عليه .

وهذا يوضح أن القصد يتحد مع الإرادة في بعض المعاني بل هو أقرب الألفاظ إليها ، إلا أنه أقوى حيث إن لفظه يوحي بقوة العزم وصدق الإرادة [1].

إلا أن المعنيين الأول والثاني غير خارجين عن المعنى الاصطلاحي ، لأن مقاصد الشريعة ومقاصد المكلف ملاحظ فيها الاستقامة والطريق القويم والعدل والتوسط ، والمعنى الرابع هو البعيد قطعاً . ويقال في الاستعمال : قصد الشيء وقصد إليه وقصد له بمعنى ، أي طلبه [2].

٢- تعريف النية :

النيّة لغة : النية بتشديد الياء وتخفيفها مصدر نوى الشيء ينويه ، أي قصده واعتقده [3].

والنوى : التحول من دار إلى دار وهذا هو الأصل في المعنى ، ثم حمل أهل اللغة عليه الباب كله فقالوا : نوى الأمر ينويه إذا قصد له [4].

وقيل : النية هي الطلب ، وقيل : الجد في الطلب ، ومنه قول ابن مسعود رضي الله عنه : " من ينو الدنيا تعجزه " [5].

وقد يراد بالنية في اللغة : العزم ، يقول صاحب المصباح المنير : " خُصَّت النية في غالب الاستعمال بعزم القلب على أمر من الأمور " [6]. ونقل صاحب اللسان عن الجوهري [7]: "نويت نية ونواة : عزمت ، وانتويت مثله " [8] .

---

(١) - النية وأثرها في الأحكام الشرعية ، د . صالح بن غانم السدلان ١٠٨/١ عالم الكتب ط /٢ الرياض ، رسالة دكتوراه .

(٢) - لسان العرب ، المصباح المنير مادة (قصد)

(٣) - لسان العرب ، مادة (نوى) .

(٤) - معجم مقاييس اللغة ، مادة (نوى) .

(٥) - طرح التثريب في شرح التقريب ، للعراقي ٧/٢ (الفائدة العاشرة) ط / دار المعارف ، حلب .

(٦) - المصباح المنير ، للفيومي ، مادة (نوى) .

(٧)- هو أبو النصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي ، لغوي أديب أصله من بلاد الترك ، رحل إلى العراق والحجاز وقرأ العربية ، ثم عاد إلى خراسان وتوفي بها عام (٣٩٣ هـ) من تصانيفه : تاج اللغة وصحاح العربية ، كتاب المقدمة في النحو ، انظر : معجم المؤلفين ٣٦٢/١ ترجمة رقم (٢٧٠٣) .

(٨)- لسان العرب (مادة نوى) .

أما في الاصطلاح : فقد تعددت التعريفات التي قيلت في النية ولدى تأملها تبين أنها تدور جميعها حول المعنى اللغوي وهو القصد والعزم ، ويمكن جمع هذه التعريفات في معيارين : معيار فقهي ، وآخر سلوكي أخلاقي .

- **المعيار الأول** : وهو تعريف للنية بمعناها الضيق ، وهو المعنى الفقهي الشرعي ، وقد عرّفها بعض الفقهاء بمعنى القصد ، فقد نُقل [1] عن الماوردي رحمه الله أنه عرف النية بقوله : " هي قصد الشيء مقترناً بفعله ، فإن قصده وتراخى عنه فهو عزم " [2] وتابعه طائفة من علماء الشافعية المتأخرين [3].

وهذا التعريف من أصدق التعريفات على حقيقة النية ومعناها من الناحية الشرعية عند الفقهاء ، وخاصة في أبواب العبادات والوقت الذي يجب أن تتحقق فيه .

وأكد الزركشي رحمه الله هذا المعنى وقال : " وحقيقة النية هو ربط القصد بمقصود معين ، والمشهور أنها مطلق القصد إلى الفعل" [4] وقوله : "مطلق القصد إلى الفعل " يستدعي البحث في نوعي القصد الذي تحققه النية . وقد ذكرهما - الزركشي - عقب التعريف فقال : الأول : الذي يستدعي علماً، والذي يصير به الفعل اختيارياً ، والثاني : هو العلة للقصد الأول وهو الانبعاث لإجابة الداعي ، كالقيام عند رؤية إنسان ، فالقصد إلى القيام لا ينبعث من

---

(١)- الناقل هو الزركشي (٧٩٤هـ) في كتابه " المنثور في ترتيب القواعد الفقهية " ٢٨٤/٣ (مباحث النية) ط ١٩٨٥/٢ الكويت ، والسيوطي (٩١١هـ) في كتابه " منتهى الآمال في شرح حديث إنما الأعمال بالنيات " /٨١-٨٢ (الوجه الثالث والستون) ، دار ابن حزم ط ١ /١٤١٩ بيروت . نقلا أن الماوردي عرف النية بالتعريف أعلاه .

(٢) - لدى التحقيق فيما نسب للماوردي ، بالرجوع إلى كتابيه " الحاوي "و "الإقناع في الفقه الشافعي" لم أعثر على التعريف المذكور ، وإنما كلام الماوردي في " الحاوي " : محل النية : فهو القلب لأنها مشتقة من الإناء لاختصاصها بإناء أعضاء الجسد وهو القلب ، فالنية اعتقاد بالقلب وذكر باللسان " الحاوي الكبير ٩٢/١ دار الكتب العلمية ط١٩٩٤/١ بيروت .

(٣) - من أمثال الخطيب الشربيني (٩٧٧ هـ) في كتابه " مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج " ١٦٧/١ط ١ /١٩٩٤ محققة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، والرملي (١٠٠٤هـ) في كتابه " نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج " ١٤٣/١ المكتبة الإسلامية وقليوبي (١٠٦٩هـ) في حاشيته على شرح المنهاج ٤٥/١ البابي الحلبي ط ٣ /١٣٧٥ ، القاهرة . ومن الفقهاء من اقتصر في التعريف على لفظ القصد فقط فقال : " النية هي القصد " كالغزالي " (٥٠٥هـ) في " الوسيط في المذهب " ٩٣/٢ دار السلام ط ١ /١٩٩٧ ، مصر ، وكذلك ابن قدامة (٦٢٠هـ) في " المغني " ١٥٦/١-١٥٧ هجر ط ١٩٨٦/١ ، القاهرة .

(٤) - المنثور في ترتيب القواعد ٣ /٢٨٤ .

النفس إلا إذا كان في القيام غرض ، فذلك الغرض هو المنوي والنية عبارة عن إجابة الباعث المتحرك فهذا تحقيق نوعي القصد [1].

ومن الفقهاء من عرف النية بالقصد ولكن قيده بالإخلاص فقال : " إنما قصد الإطاعة والتقرب إلى الله تعالى في إيجاد الفعل "[2] .

وهذا التعريف خص النية بما يكون من إخلاص العمل لله تعالى - ويسمى نية التقرب - دون غيره كنية التمييز ، إلا أنه تعريف غير مستوف لمعنى النية .

وعرفها طائفة من العلماء بالعزم كما فعل النووي رحمه الله فقال : " النية عزم القلب على عمل فرض أو غيره" [3] . وقد قصد بهذا التعريف التعريف الفقهي ، وأراد به مطلق العمل الشرعي فرضاً كان أو نفلاً ، لكنه أغفل من التعريف مقارنة النية للعمل أو تقدمها عليه .

وقال علاء الدين الحصكفي رحمه الله : النية : الإرادة المرجحة لأحد المتساويين .

وفسر ابن عابدين رحمه الله في حاشيته أن النية عنده ليست مطلق الإرادة ، بل هي الإرادة الجازمة . قال : " النية لغة العزم ، والعزم : هو الإرادة الجازمة القاطعة ، والإرادة صفة توجب تخصيص المفعول بوقت وحال دون غيرهما ، أي ترجح أحد المستويين وتخصصه بوقت وحال .. وبه علم أن النية ليست مطلق الإرادة بل هي الإرادة الجازمة " [4] .

---

[1] - المرجع السابق ٣/٢٨٤- ٢٨٥ .

[2] - وهو سعد الدين مسعود التفتازاني الشافعي (٧٩٢هـ) في " شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه " ٩٣/١ ط / دار الكتب العلمية ، بيروت .

وبالتعريف ذاته أخذ ابن نُجيم الحنفي (٩٧٠ هـ) في الأشباه والنظائر/٢٤ تحقيق د . مطيع الحافظ دار الفكر /١٩٩٩ دمشق ، وابن عابدين (١٢٥٢) في حاشية رد المحتار على الدر المختار ١٠٩/١ (مطلب في أن الأصل في الأشياء الإباحة) بولاق ط /١٢٨٦،وبمثله قال الحجاوي (٩٦٨هـ) في " الإقناع " النية شرعاً: عزم القلب على فعل العبادة تقرباً إلى الله تعالى " وهو تعريف للنية بالإخلاص ١٠٦/١ ط / المكتبة التجارية الكبرى، وانظر : كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي (١٠٤٦هـ) ٢٩١/١ ، وقد نقل عدة تعريفات ولكن دون أن ينسبها لأحد . عالم الكتب ط١٩٩٧/١ ، بيروت .

[3] - المجموع ٣٥٣/١ (باب نية الوضوء) ط / مكتبة الإرشاد ، جدة .

[4] - الدر المختار ، للحصكفي المطبوع مع حاشية ابن عابدين رد المحتار ٤٣٠/١ وما بعدها (بحث النية) .

المعيار الثاني : وهو تعريف للنية بمعناها العام ، وهو المعنى الشرعي السلوكي الذي ينظر إلى صحة القصد وإخلاصه في الباطن وترتب الثواب عليه ، وهي النية التي يتكرر ذكرها في كلام النبي عليه الصلاة والسلام " وإنما لكل امرئ ما نوى"(١).

فقد قال المحاسبي رحمه الله في كتابه " الرعاية لحقوق الله" : " النية إرادة العبد أن يعمل بمعنى من المعاني إذا أراد أن يعمل ذلك العمل لذلك المعنى فتلك الإرادة نية إما لله عز وجل وإما لغيره " (٢).

وقال الغزالي رحمه الله في " الإحياء " : " النية هي الإرادة وانبعاث النفس بحكم الرغبة والميل إلى ما هو موافق للغرض إما في الحال وإما في المآل "(٣) .

فهذا تعريف للنية بمعناها العام الشامل لكل باعث على العمل المسبوق بالقصد والإرادة وليس تعريفاً فقهياً .

وشبيه به ما نقل عن البيضاوي رحمه الله أنه قال : " النية عبارة عن انبعاث القلب نحو ما يراه موافقاً لغرض من جلب نفع أو دفع ضر حالاً أو مآلاً ، والشرع خصصه بالإرادة المتوجهة نحو الفعل لابتغاء رضاء الله وامتثال حكمه "(٤).

فهو يفيد النية بالمعنى العام وهو : التوجه إلى الشيء (كالقصد) ، كما يفيد بشقه الثاني التعريف الشرعي عند الفقهاء ، وقد عرفها ببعض مقتضياتها ، وهو الإرادة المتوجهة نحو إخلاص الفعل إلى الله .

---

(١) - الحديث متفق عليه ، سبق تخريجه انظر : ص/ ١٦ .

(٢) - الرعاية لحقوق الله /٢٤٦ (باب وصف النية) دار الكتب العلمية ط/٤ ، بيروت .

(٣) - إحياء علوم الدين بشرح الزبيدي ١٣/١٠ (كتاب النية والإخلاص ، بيان حقيقة النية) ط ١٩٨٥/٢ .

(٤) - نقل تعريف البيضاوي ابن حجر (٨٥٢هـ) في فتح الباري ١٩/١ (شرح الحديث الأول) ط /دار الريان، والسيوطي (٩١١هـ) في الأشباه والنظائر /٨٢ (القاعدة الأولى ، المبحث الخامس في محل النية) ط١٩٨٥/٢ . أما القرافي فقد فصل في تعريف النية في كتابه " الأمنية " وقال بأنها : " إرادة تتعلق بإمالة الفعل إلى بعض ما يقبله ، لا بنفس الفعل من حيث هو فعل ، ففرق بين قصدنا لفعل الصلاة ، وبين قصدنا لكون ذلك قربة أو فرضاً أو نفلاً أو أداء أو قضاء إلى غير ذلك مما هو جائز على الفعل " الأمنية في إدارك النية /١٣ . وهذا التعريف هو تعريف للنية بأقسام المنوي هل هو مقصود في نفسه أم مقصود لغيره ؟ .

● **تعقيب على التعريفات :**

المتأمل لما سبق ذكره من التعريفات التي قيلت في النية يجد بعض الأمور :

١- أن هذه التعريفات لا تخرج عن المعنى اللغوي وهو " القصد والعزم " على الرغم من أنها استخدمت ألفاظاً أخرى كلفظ " الإرادة " و " انبعاث النفس أو القلب " .

٢- أن للنية معنيين : معنى شرعي فقهي : يتعلق بصحة العمل في الظاهر وتمييزه عن أشكاله ويتلخص في القصد المقارن للفعل ، فيكون توجه القلب إلى العمل صحيحاً ولا يتصور انفكاك النية عن فعل العاقل [١] ، وهذا ما يعبر عنه بتمييز العبادات بعضها عن بعض أو تمييز العبادات عن العادات [٢].

ومعنى شرعي سلوكي : ينظر إلى صحة القصد وإخلاصه في الباطن وترتب الثواب عليه ، ويتلخص في الإخلاص ، وهو أمر زائد على معنى النية عند الفقهاء لا يحصل بدونه[٣] ، ومعنى الإخلاص أن يقصد بطاعته وجه الله تعالى ولا يريد بها سواه [٤].

وحقيقة هذا المعنى أن النية تستجيب للبواعث ، وإذا كانت البواعث على الفعل متعددة وقصد المرء واحداً منها فقط سمي ذلك التخصيص إخلاصاً ، ممدوحاً كان الباعث المقصود أو مذموماً ، مثلاً من تصدق على محتاج بقصد الرياء وحده فهو مخلص ، ومن كان قصده محض التقرب إلى الله تعالى فهو مخلص ، ولكن العرف الشرعي جرى بتخصيص اسم الإخلاص في تجريد قصد التقرب إلى الله تعالى عن جميع الشوائب [٥]، فالعمل الخالص هو الذي لا باعث عليه إلا التقرب إلى الله وحده ، وهذا ما يعبر عنه بتمييز المقصود بالعمل [٦].

---

(١) - إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان ، ابن القيم ١٠/١٣٧ (الفصل الأول في النية في الطهارة والصلاة) تحقيق محمد حامد الفقي ، دار المعرفة ، بيروت .

(٢) - - جامع العلوم والحكم ، ابن رجب ١/٦٥ .

(٣) - الأشباه والنظائر ، للسيوطي /٢٤ .

(٤) - قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، للعز بن عبد السلام ١/١٨٨ (النوع السابع والعشرون) .

(٥) - إحياء علوم الدين ، للغزالي ١٠/٥٠ (بيان حقيقة الإخلاص) .

(٦) - جامع العلوم والحكم ، لابن رجب ١/٦٦ .

٣- أما تعريف النية بالإرادة : فلأنهما يطلقان على النـزوع الباطني إلى الشيء ، إلا أن في النية قصداً ، في حين أن الإرادة تعني حرية الاختيار ولا تتعين في أمر محدد إلا إذا اقترنت بالعمل .

٤- والتعبير (بانبعاث النفس أو القلب) كما في تعريفي الغزالي والبيضاوي رحمهما الله وربط هذا الانبعاث بالرغبة والميل إلى ما هو موافق للغرض يوافق تعريف القرافي رحمه الله للعزم بأنه : " الإرادة الكائنة على وفق الداعية ، والداعية ميل يحصل في النفس [1]"، وهذا الانبعاث هو الكسب ، فاكتساب الإنسان للفعل يكون عن طريق انبعاثه نحوه . قال تعالى : ((**لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ**))[البقرة /٢٨٦] والكسب كما عرّفه أستاذنا الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي هو : " الانبعاث النفسي إلى التلبس بالفعل " [2].

بعد هذا يتبين أن بين هذه الألفاظ (النية والقصد والعزم والإرادة) اشتراكاً واتحاداً في المعنى أكثر من غيرها ، قال الغزالي رحمه الله في الإحياء : " النية والإرادة والقصد عبارات متواردة على معنى واحد ، وهو حالة وصفة للقلب يكتنفها أمران : علم وعمل ... فالنية عبارة عن الصفة المتوسطة وهي الإرادة وانبعاث النفس بحكم الرغبة والميل إلى ما هو موافق للغرض إما في الحال وإما في المآل ، فالمحرك الأول هو الغرض المطلوب وهو الباعث ، والغرض الباعث هو المقصد المنوي ، والانبعاث هو القصد والنية وانتهاض القدرة لخدمة الإرادة بتحريك الأعضاء هو العمل " [3].

والإرادة جنس لكل المعاني السابقة (العزم والقصد والنية) ، لكن العزم متقدم على الفعل ، والقصد والنية مقترن به [4] ، والذي يحرك هذه الإرادة (نية كانت أم قصداً أم عزماً) هو الباعث أو النية الباعثة ، وإذا كانت النية نوعاً من الإرادة ، فإن الباعث نوع من النية الحاملة على الفعل المقتضية لوجوده .

---

(١) - الأمنية ، للقرافي /١٤ .

(٢) - كبرى اليقينيات الكونية ، أ .د . سعيد رمضان البوطي /١٣٣ (بحث القضاء والقدر) ، دار الفكر ط ١٣٩٩/٦ دمشق .

(٣) - إحياء علوم الدين ١٣/١٠ (بيان حقيقة النية) .

(٤) - حاشية ابن عابدين ١٠٩/١ (مطلب : الفرق بين النية والقصد والعزم) .

ويستعمل الفقهاء كلمة القصد تارة بمعنى النية شرعاً : وهي قصد الشيء مقترناً بفعله ، وتارة بمعنى الباعث :وهو المحرك للإرادة أو النية غير المباشرة ، كما ويستعملون كلمة النية مرة بمعناها الشرعي ، وأخرى بمعنى الباعث .

فالنية نوعان : نية مباشرة أو قريبة ، ونية غير مباشرة أو بعيدة ، أي نية الفعل ونية وراء الفعل ، وهي الباعث .

*** *** *** ***

الفصل الأول

المفهوم العام للباعـــث

- المبحث الأول : تعريف الباعث وضابطه .
- المبحث الثاني : خصائص الباعث وأقسامه .

الفصل الأول

المفهوم العام للباعـــث

تمهيد : العلاقة بين النية والباعث :

إن من يبحث في النفس الإنسانية يجد أن سلوك الإنسان المتضمن كل ما يقوم به مـــن تصرفات : أعمال وأنشطة ، سواء أكانت إرادية أم غير إرادية ، إنما تكون صادرة بنـــاء علـــى مطالب ورغبات يمكن وصفها بأنها بواعث ودوافع تحرك هذا السلوك الذي هو مظـــهر الحيـــاة النفسية .

وفي الكيان الإنساني تتتابع البواعث بصورة واعية أو غير واعية محدثة تفاعلات مختلفة منـــذ أن تدب الحياة في هذا الكيان ، فتتحرك البواعث الفطرية البيولوجية داعية أعضاءه للحركة ابتغـــاء إشباع الحاجات الأساسية التي لا بد منها لاستمرار تلك الحياة ، فالحيـــاة تبعـــث الحاجـــات البيولوجية ، وهي بدورها تبعث في الأعضاء الرغبة الدافعة إلى السلوك المتجه لتحصيل المطـــالب التي تؤدي إلى الإشباع الذي يبعث بدوره على الحركة والنشاط ، وهكذا تتتابع الأسباب عـــن مسبباتها [١].

والسلوك من الناحية الاصطلاحية – في المنظور الإسلامي – يتمثل في عمـــل الإنســـان الإرادي المتجه نحو غاية معينة مقصودة تهدف إلى تحقيق مطالب جسدية أو نفسية أو روحيـــة أو فكرية سواء أكان ذلك لصالح الفرد أم لصالح المجتمع [٢].

فلا يعد الفعل سلوكاً إلا إذا صدر عن إرادة واختيار ، وكان خاضعاً لحكم العقل بخطئـه وصوابه ، لذلك كانت أفعال الإنسان تتغير بتغير الأحوال والدواعـــي وتختلـــف بـــاختلاف الأشخاص وقوة إرادتهم وتعقلهم ، فكل فرد يسلك سلوكه مدفوعاً بمحرك يحركه ، قاصداً أمـــراً مرغوباً فيه مراداً دون غيره ، وبهذا يتميز العاقل من المجنون والبالغ من الطفل والمتعلم من الجاهل.

[١] – الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية ، د . علي حسن عبدالله الشرفي /١٩–٢٠ الزهراء للإعلام العربي ط١/١٩٨٦.

[٢] – السلوك الإنساني بين الجبرية والإرادية ، د . عبد المجيد سيد أحمد منصور ، د . زكريا أحمد الشـــربيني /٢٠٣ ، دار الفكر العربي ط١ /٢٠٠٠ القاهرة .

ومحركات الإرادة (من بواعث ، ودوافع) تبقى كامنة في النفس ما لم تستثر بأحد المثيرات الخارجية : عن طريق الحواس الخمس مما يقرع السمع أو يظهر للعيان ... أو الداخلية : التي تتعلق بالحاجات الجسدية والميول الطبيعية مثل : الخوف ، الجوع ، المحبة ..

وهذه المثيرات تتحول إلى معان يتمثلها الذهن وهي ما يسمى بالخواطر [١] والخيالات التي تبقى في النفس ، إذ ينتقل الخيال من شيء إلى شيء ، وبحسب انتقال الخيال ينتقل القلب من حال إلى حال ، وقد عبر عن ذلك الغزالي رحمه الله بقوله : " إن مداخل الآثار المتجددة في القلب في كل حال ، أما من الظاهر فالحواس الخمس ، وأما من الباطن فالخيال والشهوة والغضب والأخلاق المركبة من مزاج الإنسان ، فإنه إذا أدرك بالحواس شيئاً حصل منه أثر في القلب ، ... وإن كف عن الإحساس فالخيالات الحاصلة في النفس تبقى وينتقل الخيال من شيء إلى شيء ، وبحسب انتقال الخيال ينتقل القلب من حال إلى حال آخر . والمقصود أن القلب في التغير والتأثر دائماً من هذه الأسباب " [٢].

إذاً فالخواطر المثيرة للبواعث مع البواعث هي محركات الإرادة ، " الخواطر هي المحركات للإرادات ، فإن النية والعزم والإرادة إنما تكون بعد خطور المنوي بالبال لا محالة ، فمبدأ الأفعال الخواطر ثم الخاطر يحرك الرغبة والرغبة تحرك العزم والعزم يحرك النية والنية تحرك الأعضاء " [٣].

والخواطر التي ترد على ذهن الإنسان ، ويحدث بها نفسه نوعان :

آ - خواطر إلهام : وهي خواطر تحرك الرغبة في عمل الخير ، وتدفع إلى سلوك مقبول العاقبة ، فهذه الخواطر مرغوب فيها ومطلوب التجاوب معها والعمل بها لأنها تدعو إلى ما فيه مصلحة الفرد والجماعة .

ب- خواطر وسواس : وهي خواطر يحدث فيها الإنسان نفسه بعمل الشر ، وتدفع إلى سلوكيات غير مقبولة ، فهي خواطر غير مرغوب فيها يجب طردها وعدم التجاوب معها لأنها تدفع إلى الانحرافات النفسية الباطنة ، وقد تؤدي إلى الانحرافات السلوكية الظاهرة .

---

(١) - الخاطر : هو اسم لما يتحرك في القلب من رأي أو معنى، الكليات ، للكَفَوي /٤٣٣ ، مؤسسة الرسالة ط١ /١٩٩٢

(٢) - إحياء علوم الدين ٢٦٤/٧- ٢٦٥ (بيان تسلط الشيطان على القلب بالوسواس ومعنى الوسوسة وغلبتها) .

(٣) - المرجع السابق ، ويراد بالرغبة هنا " الباعث " .

وقد أشار الرسول ﷺ إلى هذين النوعين من الخواطر فقال : " إن للشيطان لمّة [1] بابن آدم ، وللملك لمّة ، فأما لمّة الشيطان فإيعاد بالشر وتكذيب بالحق ، وأما لمّة الملك فإيعاد بالخير وتصديق بالحق ، فمن وجد ذلك فليعلم أنه من الله ، فليحمد الله ، ومن وجد الأخرى فليتعوذ بالله من الشيطان الرجيم ، ثم قرأ ((**الشَّيطَانُ يَعِدُكُمُ الفَقْرَ وَيأْمُرُكُمْ بالفَحْشَاءِ**)) [البقرة/٢٦٨] " [2]، فالحديث يبين أن كل إنسان عرضة لخواطر الإلهام وخواطر الوسواس وعليه أن يتجاوب مع الأولى ويطرد الثانية .

ولا بد هنا من ذكر أن الخواطر الفاسدة – الوسواس – الحاصلة في القلب على قسمين : منها ما يوطن الإنسان نفسه عليه ، ويعزم على إدخاله في الوجود فيكون مؤاخذاً به ، ومنها ما لا يوطن الإنسان نفسه عليه ، ولا يعزم على إدخاله في الوجود ، بل تكون أموراً خاطرة بالبال مع أن الإنسان يكرهها ، ولكنه لا يمكنه دفعها عن النفس فلا يكون مؤاخذاً به [3].

وبعبارة أخرى يمكن التفريق بين الخاطر العابر والخاطر المؤدي إلى الفكر ، فالخواطر العابرة لا يؤاخذ العبد عليها ، أما الأفكار فمنها ما يدخل تحت التكليف ، وهذا مستثنى من عدم المؤاخذة بالخَطْرة ، إذا تعمدها المرء [4].

والخاطر مرتبة من مراتب القصد الخمسة التي ذكرها العلماء وهي : هاجس ، وخاطر، وحديث النفس ، والهم ، والعزم .

فهذه الأفكار المتولدة عن الخواطر هي التي تبعث في النفس الميل لتحقيق مقصد معين ، وخير ما يوضح ذلك ما ذكره الغزالي رحمه الله في "الإحياء" بقوله : " اعلم أن الجاهل يسمع ما ذكرناه من الوصية بتحسين النية وتكثيرها مع قوله ﷺ : " إنما الأعمال بالنيات " فيقول في نفسه عند تدريسه أو تجارته أو أكله : نويت أن أدرس لله أو أتجر لله أو آكل لله ، ويظن أن ذلك نية وهيهات ! فذلك حديث نفس وحديث لسان وفكر أو انتقال من خاطر

---

[1] – اللمّة : الخطرة تقع في القلب ، النهاية في غريب الحديث والأثر ٢٧٣/٤ ط . المكتبة الإسلامية .

[2] – الحديث انفرد به الترمذي في سننه من حديث عبد الله بن مسعود ، كتاب تفسير القرآن رقم (٢٩٩١) . قال أبو عيسى : هذا حديث حسن غريب ، وهو حديث أبي الأحوص لا نعلمه مرفوعاً إلا من حديث أبي الأحوص .

[3] – تفسير الفخر الرازي ١٣٦/٤ دار الفكر ط /١٩٩٥ ، بيروت .

[4] – المنثور في القواعد ، الزركشي ٣٥/٢ .

إلى خاطر ، والنية بمعزل عن جميع ذلك . وإنما النية انبعاث النفس وتوجهها وميلها إلى ما ظـهر لها أن فيه غرضها إما عاجلا وإما آجلا ..

وإنما تنبعث النفس إلى الفعل إجابة للغرض الباعث الموافق للنفس الملائم لها وما لم يعتقد الإنسان أن غرضه منوط بفعل من الأفعال فلا يتوجه نحوه قصده " [1].

مثلاً : ربما كان الباعث على عقد النكاح تحقيق واحد من الأغراض التالية : الشـهوة ، الولد ، الحصول على مال الزوجة ، التمتع بمركز اجتماعي معين ، الإقامة في بلد أجنبي ، السفر ... فإذا كان الباعث على العقد الشهوة فحركته تلك الرغبة وتحركت أعضاؤه لمباشرة العقـد وانتهضت القدرة المحركة للّسان بقبول العقد طاعة لهذا الباعث الغالب على القلب، فيكون ناوياً النكاح ببـاعث الشهوة ، وما يتردد في نفسه وقلبه من قصـد الولـد أو .. أو ... وسـواس وهذيان .

وما قيل في النكاح يقال في شأن الهجرة الواردة في الحديث : " فمن كانت هجرتـه إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ، ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبـها أو امـرأة ينكحـها فهجرته إلى ما هاجر إليه " . فإن كان الباعث المحرك على الهجرة " المرأة " فتحركه رغبة الـزواج بها ، فتتحرك جوارحه وأعضاؤه ليأخذ بأسباب الهجرة إلى مدينة رسـول الله ﷺ ويلـحق بالمسلمين المهاجرين ، فتنتهض القدرة عنده ويخرج من داره وبلدته طاعة لهذا الباعث المتمكـن في لبه وفؤاده وينوي الهجرة قاصداً مدينة رسول الله ﷺ بباعث الرغبة في الزواج لا بباعث مـا يتردد في نفسه من المحبة لله ورسوله والرغبة في إظهار دينه حيث كان يعجز عنه في دار الشـرك ، فلا ثواب له بهذه الهجرة إن لم تكن لله ورسوله ، وفي قوله : " إلى ما هاجر إليه " تحقير لما طلبـه من أمر الدنيا كائناً ما كان [2].

أما من كانت هجرته مضافة إلى الله ورسوله في القصد والباعث فهجرته موكولـة إلى الله ورسوله في القبول والثواب ، وهي واحدة لا تعدد فيها لـذلك أعـاد الجواب فيها بلفظ الشـرط [3] لأن حصول مانواه بهجرته نهاية المطلوب في الدنيا والآخرة [4].

---

[1] - إحياء علوم الدين ٢٩/١٠ (بيان أن النية غير داخلة تحت الاختيار) .

[2] - جامع العلوم والحكم ٧٣/١ .

[3] - المرجع السابق .

[4] - شرح حديث (إنما الأعمال بالنيات) لابن تيمية /٣٩ ، المطبعة السلفية ط ٣/ ١٤٠٠ هـ القاهرة .

فالنية والباعث ، وإن كانا مختلفين لفظاً ومعنى ، ووضوحاً وخفاًء ، إلا أنهما يشـــتركان في أنهما من الأمور الداخلية ، ومعظم الفقهاء يستعملونهما بمعنى واحد في كثير مـــن الفـــروع الفقهية على أساس أن النية تتحرك ببواعث وقلّ وجودها بدون باعث يحركها ، فالرابطة قوية بينهما ، ويعبرون عنهما بلفظ النية أو بلفظ القصد ، ولكنهم يعنون النية تارة بمعناها الشـــرعي وأخرى بمعنى الباعث ولا مانع من ذلك .

والحقيقة أن النية هي القصد ، والباعث هو ما وراء القصد والله أعلم .

*** *** *** ***

المبحث الأول : تعريف الباعث وضابطه

المطلب الأول : معاني الباعث

الفرع الأول : الباعث في اللغة

الباعث لغة : اسم مصدره البَعْث . وأصل البعث إثارة الشيء وتوجيهه ، ويقصد به الحمل على فعل شيء ، والإرسال والحياة بعد الموت ، ويختلف البعث بحسب اختلاف ما علق به ، فبعثه على الشيء : حمله على فعله ، وبعث به : أرسله ، وبعث البعير : أثاره وسيره [1].

وفي اللسان : انبعث في السير : أسرع ، وانبعث الشيء وتَبَعَّثَ : اندفع [2]. والانبعاث: هو الإسراع في الطاعة للباعث . قال تعالى : ((**إذ انْبَعَثَ أَشْقَاهَا**))[الشمس /١٢] انفعل من البعث [3].

والباعث : اسم من أسماء الله الحسنى ، فهو الذي يبعث الخلق بعد الموت يوم القيامة . وهذا المعنى بعيد عن موضوع الرسالة .

وقد وردت هذه المعاني اللغوية في القرآن الكريم ، فجاءت بمعنى أرسل في قوله تعالى : ((**كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً فَبَعَثَ اللهُ النَّبِيِينَ مُبَشِّرِينَ وَمُنْذِرِينَ**)) [البقرة /٢١٣] .

وبمعنى النشور والحياة بعد الموت في قوله تعالى : ((**قَالُوا يا وَيلَنَا مَنْ بَعَثَنَا مِن مَّرقَدِنَا هَذَا مَا وَعَدَ الرَّحْمَنُ وَصَدَقَ المُرْسَلُونَ**)) [يس /٥٢] .

وبمعنى التوجه في قوله تعالى : ((**وَلَو أَرَادُوا الخُرُوجَ لَأَعَدُّوا لَهُ عُدَّةً وَلَكِن كَرِهَ اللهُ انْبِعَاثَهُم فَثَبَّطَهُم وَقِيلَ اقعُدُوا مَعَ القَاعِدِينَ**)) [التوبة /٤٦] ، أي توجههم ومضيهم ، وهو أقرب المعاني .

---

(١) – المصباح المنير ، معجم مقاييس اللغة ، القاموس المحيط للفيروز آبادي مادة (بعث) .

(٢) – لسان العرب مادة (بعث) .

(٣) – غريب القرآن ، لأبي بكر محمد بن عزير السجستاني /١١٦ تحقيق عبد الواحد حمران ، دار قتيبة ط١/١٩٩٥.

الفرع الثاني : الباعث عند الفلاسفة وعلماء النفس :

أولاً : عند الفلاسفة :

الباعث هو : " عامل نفسي وفكرة تنزع إلى إحداث عمل إرادي " [(١)]. أو " ما يحمل على الفعل ... ويطلق على كل سبب عقلي يحدث فعلاً إرادياً أو ينزع إلى إحداثه ، أو على كل حالة ذهنية تغلب فيها العناصر العقلية على العناصر الانفعالية ، ويطلق على علاقة الفعل بالأسباب الباعثة عليه اسم التسبيب أو التعليل ، والتسبيب يكون قبل الفعل ويسمى حفزاً وتشويقاً ، والتعليل يكون بعد الفعل ويسمى تسويغاً وتبريراً " [(٢)].

وبعبارة أخرى " الباعث " هو (كل ما يبعث في الكائن الحي الحركة أو النشاط أو التوجه أو التفكير) [(٣)]. فلفظ " الباعث " ذو دلالة منطقية واسعة ، فهو يشمل الغرائز والمصالح والمنافع والرغبات والحوافز والحاجات وكافة المثيرات والمنبهات التي يفطن لها الإنسان أو لا يفطن ، وهذا يعني شمول مصطلح الباعث بحيث يبدو مرادفاً للسبب في معناه اللغوي ، لكن ليس هذا المعنى مقصوداً من البحث ، ولا بد من استبعاد بعض الصور التي لا تأثير لها في التصرف الإرادي [(٤)].

ثانياً : عند علماء النفس :

الباعث هو شيء خارج الذات يستثير الدافع ويستحثه للحصول عليه . مثل مكافأة معينة لمن يتفوق في أداء شيء معين ، فهذه المكافأة تعتبر باعثاً يستحث الشخص للفوز بهذه المكافأة إذا نجحت المكافأة في استثارة رغبة الشخص في الحصول عليها ، أما إذا لم تنجح المكافأة في ذلك فلن تعتبر عندئذ باعثاً لأنها لم تستثر دافعه لعمل شيء [(٥)].

---

(١) – المعجم الفلسفي ، مجمع اللغة العربية /٣٠ .

(٢) – المعجم الفلسفي ، د . جميل صليبا ١/١٩٦- ١٩٧ .

(٣) – – الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية ، علي حسن عبد الله الشرفي /٢٠ وما بعدها ، نقلاً عن مرجع أجنبي .

(٤) – مثل :١-العمليات الحيوية البيولوجية التي تتم في أعماق الكائن الحي وتدعو بعض أعضائه للحركة تلبية لاحتياجات الكيان العضوي ذاته كالجوع مثلا ، أما الرغبة في دفع حالة الجوع فهي الباعث على الطعام .

٢- المظاهر المادية البعيدة عن ذات الإنسان كالإكراه المادي ، والقوة القاهرة ، فعلى الرغم من كونهما سببين للسلوك إلا أنه لا تنطبق عليهما أوصاف الباعث الذي نعنيه ، أما الخوف من حلول ضرر ناتج عن الإكراه الذي يدفع إلى سلوك واق فهو الباعث .

٣- الحركات المادية البحتة الخارجة عن الشعور ، كإغماض العين عند رؤية حشرة أو شيء يهوي إليها ، فهو تصرف لا شعوري لا يمكن البحث عن بواعثه ، أما التصرف بعد إدراك الخطر فيكون باعثه الإحساس الشعوري بالخطر .المرجع السابق /٢٢ بتصرف .

(٥)- موسوعة علم النفس والتحليل النفسي ، د . فرج عبد القادر طه /١٣٦ دار سعاد الصباح ط ١/١٩٩٣ .

فالباعث بالنسبة للإنسان هو القوة المحركة ، أي هو علة السلوك ، وحينما أريد أن أعرف لماذا تصرف أحد الناس على النحو الذي حدث ، فإنني أسأل عمّ حرّكه لهذا الفعل . أو لماذا قام بهذا الفعل ؟ .

الفرع الثالث : الباعث عند القانونيين :

إن علماء القانون الذين عرّفوا الباعث عرّفوه من حيث تعلقه بالقانون الجنائي ، أما علماء القانون المدني فلم يشيروا إليه إلا نزراً يسيراً ، وكذلك الأنظمة الوضعية التي تهتم بتحديد معناه ، ولعله من أكثر المصطلحات القانونية تواريأ عن أعين واضعي النصوص القانونية ، وما ذلك إلا للغموض الذي يحيط بفكرة الباعث ذاتها .

- **أولاً : الباعث عند علماء القانون الجنائي :**

اتفقت كلمة شراح القانون فيما يتعلق بوظيفة الباعث وعلاقته بالإرادة ، وإن اختلفت نظرتهم إلى طبيعته .

فمنهم من عرّف الباعث ببيان طبيعته فوصفه بأنه (المولد للقوة المحركة للإرادة) [1]. أو هو (عامل نفساني يحمل الإنسان على فعل نوع معين من السلوك)[2] . أو هو (القوة النفسية الحاملة على السلوك الإرادي المنبعثة عن إدارك وتصور للغاية) [3].

ومنهم من عرّفه ببيان دوره في العملية الإرادية فالباعث عنده هو (المنفعة أو العاطفة التي دفعت الفاعل إلى ارتكاب الجريمة) [4].

- **تعقيب :**

لعل التعريف الأول هو أدق التعاريف كونه يتضمن تحديداً لطبيعة الباعث ، ولا يقصر هذه الطبيعة على الجانب النفسي ، وهو أمر غير مجمع عليه بين علماء النفس وشراح القانون.

---

(1) - د . محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات - القسم العام / ٤٢١ فقرة (٢٩٢) جامعة القاهرة ط ١٩٨٣/١٠ .

(2) - د . عدنان الخطيب ، محاضرات عن النظرية العامة للجريمة في قانون العقوبات السوري /١٩١ معهد الدراسات العربية ، جامعة الدول العربية /١٩٥٧ .

(3) - علي حسن الشرفي ، الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية /٤١ .

(4) - د . عبد الوهاب حومد ، شرح قانون الجزاء الكويتي ، القسم العام / ١٠٣ مطبوعات جامعة الكويت ط ١٩٧٥/٢ .

أما تعريفه بالمنفعة ، وإن لم يوضح طبيعة الباعث ، لكنه لا يخلو من شيء من الصحة ، إذ إن الرغبة بالمنفعة هي التي أثارت العملية الإرادية بدفعها الفاعل إلى ارتكاب الجريمة . ويعاب عليه بأنه اقتصر على بعض صور المعرَّف فهو تعريف غير جامع .

- **ثانياً : الباعث في الأنظمة [1] الجنائية :**

مع قلتها تعرضت بعض القوانين العربية لتعريف مصطلح " الباعث " ولكن تحت مسمى آخر هو " الدافع " فقد نصت (المادة /١٩١) من قانون العقوبات السوري على أن (الدافع هو العلة التي تحمل الفاعل على الفعل ، أو الغاية القصوى التي يتوخاها) .

وهذا التعريف نقله واضع القانون السوري حرفياً عن (المادة /١٩٢) الواردة في قانون العقوبات اللبناني ، وكذا فعل واضع القانون الأردني في (المادة /٢٦٢) من قانون العقوبات الأردني ، والقانون اليمني في (المادة/٣٦٧) من قانون العقوبات العسكري ،أما القانون المصري فقد خلا من تنظيم خاص بالباعث [2].

وجاء في المشروع الأول لقانون العقوبات العربي الموحد الصادر عام /١٩٦١ نص مشابه مع اختلاف ضئيل في الصياغة وتسميته " باعثاً " فنصت (المادة /٥٤ منه) على أن :
(الباعث هو العلة الدافعة إلى الجريمة ، أو الغاية التي توخاها الفاعل من ارتكابها) .

- **تعقيب على القانون :**

- إن تسمية القانون " للباعث " باسم " الدافع " أثار حفيظة البعض [3] من أنه لابد من التمييز بين المصطلحين من حيث الطبيعة والوظيفة تمشياً مع المعنى النفسي [4].

---

(١) - آثرت هذه الكلمة بدلاً من كلمة التشريعات السائدة لأن التشريع إنما يكون من عند الله .

(٢) - شرح قانون العقوبات د . محمود مصطفى /٤٢٢- فقرة (٢٩٣) .

(٣) - محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات اللبناني - القسم الخاص /٤١٢ فقرة (٤١٥) ط١٩٧٥/٢ بيروت .

(٤) - علم النفس المعاصر ، حلمي المليجي /١١٢- ١١٩ دار النهضة العربية ، ط ٨ ، أسس علم النفس العام ، لعدد من المؤلفين /١١٤ مكتبة الأنجلو المصرية ط/١٩٨٩ القاهرة .

- وصف الدافع " الباعث " بأنه العلة التي تحمل الفاعل على الفعل ، صحيح ولكـــن فيـــه إغفال لطبيعة الباعث .

- تعريفه بأنه الغاية القصوى خلط بينه وبين غيره من المصطلحات [1].

- **ثالثاً : الباعث عند علماء القانون المدني :**

كذلك لم يفرق رجال القانون المدني بين الدافع والباعث ، فهما اسمان لمسمى واحـــد ، ولكن في اصطلاحهم يسمون الباعث باسم " السبب الدافع " أو " سبب العقد " أو " السبب المصلحي " أو " سبب السبب " أو " السبب بمعناه الحديث " .

فقد عرَّفه د . حشمت أبو ستيت بقوله : " السبب الدافع ، أو ما يسمى بالباعث ، هو الغرض غير المباشر الذي يريد المتعاقد أن يصل إليه بعد أن يتحقق غرضه المباشـــر ، الســـبب القصدي " [2] . لم يبين هذا التعريف طبيعة الباعث ، ومن ثم فقد خلط بين الباعث والغرض .

كما عرَّفه د. عبد الحي حجازي بأنه : " وسيلة احتياطية يقصد بها إبطال عقد يستهدف بوسائل مشروعة نتائج غير مشروعة " ويسميه " بالسبب المصلحي "[3] .

لم يبين هذا التعريف أيضاً طبيعة الباعث ، وإنما اقتصر على وظيفتـــه ودوره في إبطـــال العقد، ومن ثم حصر دور الباعث في إبطال العقد فقط دون غيره من التصرفات .

أخيراً ، عرَّفه د . عبد الرزاق السنهوري بقوله : " فالسبب هو الباعث الدافع إلى التعاقـــد، لا مـــجرد الغرض المباشر المـــقصود من العقد، وهو أمر نفسي خارج عن العقد يـــتغير بـــتغير البواعث" .[4]

يمتاز هذا التعريف بأنه ميَّز بين السبب القصدي والسبب الباعث على التعاقد ، ومن ثم بيَّن طبيعة الباعث بأنه أمر نفسي .

---

[1] – قال في شرح قانون العقوبات اللبناني – القسم الخاص : مزج الشارع بين الدافع والغاية في المادة (١٩٢) وهذا المزج غير سليم /٤١٢ فقرة (٤١٥) .

[2] – النظرية العامة للالتزام ، د . أحمد حشمت أبو ستيت /١٦٨ فقرة (٢٢٣) مكتبة عبد الله وهبة ط /١٩٤٥ القاهرة .

[3] – النظرية العامة للالتزام ، د . عبد الحي حجازي ٤٢٣/١ فقرة (٢٨٠) اعتناء محمد الألفي ، جامعة الكويت ط/١٩٨٢.

[4] – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، د .عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ط١٩٩٨/٣ ، بيروت .

• **رابعاً : الباعث في الأنظمة[1] المدنية :**

ورد الباعث تحت اسم " السبب " في الأنظمة الوضعية ، و لم تهتم تلك الأنظمة بتحديد معناه وإنما اقتصرت على بيان دوره في إبطال الالتزام إذا لم يكن مشروعاً وكان مخالفاً للنظام العام والآداب وأنه ركن من أركان الالتزام دون تمييز وتفريق بين أنواع السبب المختلفة وترك أمر ذلك لشراح القانون [2].

جاء في القانون المدني السوري في المادة /١٣٧ ما يلي : "إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام والآداب ، كان العقد باطلا" .

هذا النص هو عين النص المصري الوارد بالمادة (١٣٦) في التقنين الجديد .

ونصت المادة /١٣٨ على ما يلي :

"١-كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يقم الدليل على غير ذلك .

٢- يُعدُّ السبب المذكور في العقد السببَ الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه ".

• **تعقيب :**

لقد صيغت المادة ١٣٧ كما يبدو بشكل معيب لأنها تقول : إذا لم يكن للالتزام سبب .. كان العقد باطلاً ، ثم تقول : أو كان سببه مخالفاً للنظام العام والآداب ... ، فقد ثارت الخلافات حول المقصد من عبارة " السبب " بين شراح القانون ، فهم تارة يصرفونه إلى معنى " سبب الالتزام " أي السبب بعده عنصراً فنياً ، وذلك حين يواجهون شريطة وجود السبب ، وتارة يصرفونه إلى معنى " سبب العقد " أي السبب بعدِّه عنصراً مصلحياً ، وذلك حين يواجهون مشروعية السبب[3].

---

[1] - انظر : الحاشية رقم (١) في ص /٣٤ .

[2] - سيأتي تفصيل ذلك لاحقاً .

[3] - سيأتي تفصيل هذه المعاني في الفصل القادم إن شاء الله .

• الفرع الرابع : الباعث عند علماء الشريعة

إن الشريعة الإسلامية مرتبطة ارتباطاً لا ينفك بعقيدة راسخة ، وسلوك قويم لذا لم تغفل الكلام عن الباعث ، أو السبب كما يسميه القانونيون ، وكانت تتحرى دائماً صحة التصرف وتحث عليه ، وأن يكون مطابقاً لروح الدين مبنى ومعنى ، فلا عبرة عندها بظاهر العمل وصورته إذا كان مخلاً بالسلوك والخُلق كما إذا كان القصد منه غير مشروع ، أو كانت النية تتجه إلى الإضرار بالغير ، فجعلت من الباعث رقيباً وقيداً على الإرادة حتى لا تخرج في تصرفاتها عن تحقيق مقاصد الشرع ، ومؤيد ذلك هو إبطال التصرف في حال كون الباعث عليه غير مشروع، وكان هذا الباعث متبدياً في ثوب مادي من التصرفات .

• أولاً : عند الفقهاء :

الفقهاء المسلمون ، وإن أقلوا من ذكر لفظ " الباعث " كمصطلح خاص ، إلا أنهم تناولوا معناه في ألفاظ أخرى دارت على ألسنة العلماء وفي كتبهم كالنية والقصد والإخلاص ، ولاحظوا معنى الباعث في كلامهم على العبادات والمعاملات من عقود وتصرفات ، وأحلوه محله اللائق في أحكامهم ، إذ إن تحري الدوافع النفسية التي تحرك إرادة المنشيء للتصرف والالتزام أمر يتفق وروح الشريعة ومقاصدها ولا يناقضها ، فالتعبد موجود في كل حكم ، سواء أكان الحكم معقول المعنى أم غير معقول ، وإن الحقين – حق الله وحق العبد – متلازمان ، إذا وجد أحدهما وجد الآخر فهما دائماً مجتمعان [1]، وإن كان البعض لم يتوسع في ذلك عامدا لئلا يؤدي الأمر إلى التجسس الممنوع بالقرآن الكريم [2] ((وَلَا تَجَسَّسُوا)) [الحجرات /١٢].

وقد أفاض ابن القيم رحمه الله في " أعلام الموقعين " القول في الباعث وإعماله ، وأنه أصل من أصول الدين ، دون تسميته باسمه ، وإنما تحت اسم" النية"فقال : " النية روح العمل ولبه وقوامه ، وهو تابع لها يصح بصحتها ويفسد بفسادها .. " [3]. وفي موضع آخر سماه باسمه عند كلامه عن أعمال العباد وأنها أربعة أنواع والمقبول منها نوع واحد . قال : " من يعمل العمل لله ولغيره ... هذا القسم تحته أنواع ثلاثة ، أحدها : أن يكون الباعث الأول على العمل هو

---

(١) – الفروق للقرافي ، (الفرق الثاني والعشرون) ، دار الكتب العلمية ، ط١ /١٩٩٨ بيروت .

(٢) – المدخل الفقهي ، لأستاذنا الدكتور أحمد الحجي الكردي ، كتاب جامعي ط/١٩٨٧ .

(٣) – إعلام الموقعين عن رب العالمين ، لابن القيم ٢/٩١ – ٩٢ عناية أحمد عبد السلام الزعبي ، دار الأرقم بن أبي الأرقم ط ١/١٩٩٧ بيروت .

الإخلاص ، ثم يعرض له الرياء وإرادة غير الله في أثنائه ، فهذا المعول فيه على الباعث الأول ما لم يفسخه بإرادة جازمة لغير الله فيكون حكمه حكم قطع النية في أثناء العبادة وفسخها ، أعني ترك استصحاب حكمها ... " (١).

ومن ثم الشاطبي رحمه الله في "الموافقات" قال : " قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصده في التشريع " (٢) ويقول في موضع آخر : " كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة ، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل ،فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل "(٣) .

● **ثانياً : عند الأصوليين :**

الباعث عند الأصوليين هو العلة ، وهي مقصود الشارع من شرع الحكم ، ومعناه أنه لأجلها شرع الحكم ، إلا أنهم لم يقيدوه بتعريف معين .

فالباعث عندهم اسم من أسماء العلة المتعددة ، قال الزركشي رحمه الله : " للعلة أسماء في الاصطلاح وهي : السبب ، والإشارة ، والداعي ، والمستدعي ، والباعث ، والحامل ، والمناط ، والدليل ، والمقتضي ، والموجب ، والمؤثر ، وزاد بعضهم : المعنى " (٤).

وقد اختلفوا في العلة على خمسة أقوال(٥) :

١- إنها المعرفة للحكم ، بأن جعلت علماً على الحكم إن وجد المعنى وجد الحكم (٦).

٢- إنها الموجبة للحكم على معنى أن الشارع جعلها موجبة لذاتها (٧).

٣- إنها الموجبة للحكم بذاتها لا بجعل الله (٨).

---

(١) - إعلام الموقعين ٤١٢/١ .

(٢) - الموافقات ٣٣١/٢ (المسألة الثانية من القسم الثاني ، مقاصد المكلف) .

(٣) - الموافقات ٣٣٣/٢ (المسألة الثالثة من القسم الثاني ، مقاصد المكلف) .

(٤) - البحر المحيط للزركشي ١١٥/٥ ، إرشاد الفحول ، للشوكاني ٦٠٦/٢ ، دار السلام ط١٩٩٨/١ .

(٥) - البحر المحيط ١١١/٥- ١١٢ - ١١٣ ، إرشاد الفحول ٦٠٥/٢ - ٦٠٦ .

(٦) - وهو اختيار الرازي صاحب المحصول ٥ /١٣٥ مؤسسة الرسالة ط١٩٩٢/٢ محققة .

(٧) - وهو قول الغزالي ، المستصفى ٣٤١/٢ (الركن الرابع : العلة) تصوير عن ط / بولاق .

(٨) - وهو قول المعتزلة بناء على قاعدتهم في التحسين والتقبيح العقليين ، والعلة وصف ذاتي لا يوقف على جاعل ويعبرون عنه تارة بالمؤثر ، البحر المحيط ، للزركشي ١١٢/٥- ١١٣ .

٤- إنها الموجبة بالعادة [١].

٥- إنها الباعث على التشريع بمعنى أنه لا بد أن يكون الوصف مشتملاً على مصلحة صالحة وأن تكون مقصودة للشارع من شرع الحكم ، ومنهم من عبر عنها بالتي يعلم صلاح المتعبدين في التعبد بالحكم لأجلها ، وهو اختيار الآمدي وابن الحاجب [٢] رحمهما الله .

قال الآمدي رحمه الله : " إما أن تكون بمعنى الأمارة أو الباعث ، والمختار أنه لابد وأن تكون العلة في الأصل بمعنى الباعث أي مشتملة على حكمة صالحة أن تكون مقصودة للشارع من شرع الحكم " [٣].

معناه أنه لأجلها شرع الحكم أي لتحصيل مصلحة أو تكميلها أو دفع مفسدة أو تقليلها وإلا كانت مجرد أمارة [٤].

وقال ابن الحاجب رحمه الله : " من شروط علة الأصل أن تكون بمعنى الباعث ، أي : مشتملة على حكمة مقصودة للشارع من شرع الحكم " [٥] .

حاصل الكلام ، أنه يمكن تفسير الباعث بالعلة ، ولكن العلة التي تبعث المكلف على الامتثال ، لا الباعثة للشرع على ذلك الحكم ، أو أنه على وفق ما جعله الله تعالى مصلحة للعبد تفضلاً عليه وإحساناً له ، لا وجوباً على الله تعالى [٦].

فإذا انقاد المكلف لامتثال أمر الله تعالى في أخذ القصاص منه وكونه وسيلة لحفظ النفوس كان له أجران : أجر الانقياد ، وأجر على قصد حفظ النفس ، وكلاهما أمر الله تعالى [٧]. قال تعالى : ((كُتِبَ عَلَيكُمُ القِصَاصُ))[البقرة /١٧٨] ، ((وَلَكُمْ فِي القِصَاصِ حَيَاةٌ)) [البقرة١٧٩] .

---

[١] - واختاره الفخر الرازي في الرسالة البهائية في القياس ، البحر المحيط ١١٣/٥ .

[٢] - البحر المحيط ، للزركشي ١١٣/٥ .

[٣] - الإحكام في أصول الأحكام ، للآمدي ٢٠٢/٣ (المسألة الثانية من القسم الثاني من شروط العلة) المكتب الإسلامي ط١٤٠٢/٢ بيروت .

[٤] - المرجع السابق ٢٠٦/٣ .

[٥] - رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب ، للسبكي ١٧٤/٤ عالم الكتب ط ١٩٩٩/١ بيروت .

[٦] - شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير ، لابن النجار ١٤/٤ تحقيق أ.د . محمد الزحيلي ، جامعة أم القرى ط١٩٨٧/١ .

[٧] - المرجع السابق .

• **ثالثاً : عند المتكلمين :**

إن علماء المسلمين قد أتوا على ذكر " الباعث " أو " الداعي " في كتبهم التي صنفوها في علم الكلام والأخلاق .

فقد ذكر الباقلاني رحمه الله " البواعث " وأطلق عليها لفظ " الدواعي " في معرض كلامه عن صفات الله تعالى : وأنه قادر ، عالم ، حي .. في باب (في أن صنع الله للعالم ليس لغرض) .

قال : " فإن قال قائل : فهل تقولون إن صانع العالم صنعه بعد أن لم يصنعه لداع دعاه إلى فعله ومحرك حركه وباعث بعثه وغرض أزعجه وخاطر اقتضى وجود الحوادث منه أم صنعه لا لشيء مما سألت عنه ؟ قيل له : إنه تعالى صنع العالم لا لشيء مما سألت عنه ، فإن قيل : وما الدليل على ذلك ؟ قيل : الدليل عليه أن الدواعي والمزعجات والخواطر والأغراض إنما تكون وتجوز على ذي الحاجة الذي يصح منه اجتلاب المنافع ودفع المضار ، وذلك أمر لايجوز إلا على من جازت عليه الآلام واللذات وميل الطبع والنفور ، وكل ذلك دليل على حدث من وصف به وحاجته إليه ، وهو منتف عن القديم تعالى ، وكذلك الأسباب المزعجة المحركة الباعثة على الأفعال إنما تحرك الفاعل وتنبه الجاهل وتخطر للخائف والراجي الذي يخاف الاستضرار بترك الأفعال ويرجو بإقاعها الصلاح والانتفاع ، والله يتعالى عن ذلك لأنه عالم بما يكون قبل أن يكون وبما تؤول إليه عواقب الأمور ويعلم السر وأخفى ، ولا يجوز على من هذه صفته خطور الأمر بباله كالذي لم يكن عالماً به ولا أن تبعثه الدواعي والبواعث على أفعاله ، وذلك أنّا إذا قلنا لفاعلنا : ما الذي دعاك إلى الفعل وحركك على إيقاعه وما الغرض فيه دون غيره وفي فعله دون تركه والانصراف عنه ؟ فإنما نسأله ليخبرنا أقصد بذلك اجتلاب منفعة أو دفع مضرة ، فإن قال : فعله لا لاجتلاب منفعة ولا لدفع مضرة مع علمه بوقوعه وجب القضاء على تسفيهه لأنه ممن يحتاج إلى جر المنافع ودفع المضار وهو مأمور بذلك ، وإيقاعه الفعل عارياً من القصد إلى ذلك والتصدي له سفه وخلاف لما وجب عليه . والقديم تعالى ليس بذي حاجة ولا ممن يلزمه الانقياد والطاعة ، فلم يجز أن يقاس على فاعلنا " (١).

---

(١) - تمهيد الأوائل وتلخيص الدلائل ، للباقلاني /٥٠-٥١ تحقيق عماد الدين حيدر ، مؤسسة الكتب الثقافية ط١/١٩٨٧ بيروت .

إن هذا النص ، وإن كان يتناول ما يجوز بحق الصانع وما لا يجوز ، فهو يوضح بـالوقت ذاته ، أنه لا بد للمكلف العاقل من قصد يقصده من وراء إيقاعه الفعل ، وهذا القصـد إمـا أن يكون جلب منفعة له أو دفع مفسدة ، وإلا نعت بأنه سفيه لإيقاعه الفعل عارياً من القصد .

وكذلك الغزالي رحمه الله قد أتى على ذكر - الباعث - بهذا اللفظ في " إحيـاء علـوم الدين " في كتاب النية والإخلاص ، وأسهب في الحديث عنه دون أن يضع له تعريفاً ، وإنما بيّـن طبيعته وأنه مركب مزدوج من عنصر نفسي وآخر إدراكي ذهني ، وأن العنصر الذهني هـو المقدمة للعنصر النفسي ، وأن الأخير - وإن كان يستند إلى الأول - هو العـامل الحاسـم في مجـال التصرف الإداري بعد وجود القدرة التي يخلقها الله تعالى في أعضائه المتحركة .

قال : " لو أبصر - المريض - الغذاء وعرف أنه موافق له فلا يكفيه ذلك للتناول مـا لم يكن فيه ميل إليه ورغبة فيه وشهوة باعثة عليه ، إذ المريض يرى الغذاء ويعلم أنه موافق ولا يمكنه التناول لعدم الرغبة والميل ولفقد الداعية المحركة إليه ، فخلق الله تعالى له الميل والرغبـة والإرادة وأعني به نزوعاً في نفسه إليه وتوجهاً في قلبه إليه ، ثم ذلك لا يكفيه فكم من مشاهد طعامـاً راغب فيه مريد تناوله عاجز عنه لكونه زَمِناً ، فخلقت له القدرة والأعضاء المتحركة حتى يتم بـه التناول ، والعضو لا يتحرك إلا بالقدرة ، والقدرة تنتظر الداعية الباعثة ، والداعية تنتظر العلـم والمعرفة أو الظن والاعتقاد ، وهو أن يقوى في نفسه كون الشيء موافقاً له ، فإذا جزمت المعرفة بأن الشيء موافق ولا بد وأن يفعل وسلمت عن معارضة باعث آخر صارف عنه انبعثـت الإرادة " [١].

وكذلك فخر الدين الرازي رحمه الله تكلم عن الباعث في كتابه " المطالب العالية مـن العلم الإلهي " تحت اسم (الدواعي والصوارف) وذلك في معرض كلامه عن صفة الله تعـالى وهي كونه سبحانه " قادراً " .

قال : " وتفسير الدواعي : هو أن الإنسان إذا علم أو ظن أو اعتقد أن له في الفعل الفلاني مصلحة راجحة فعند حصول أحد هذه الثلاثة يحصل في قلبه ميل جازم إلى الفعل ، فإن كانت أعضاؤه سليمة فإنه عند حصول ذلك الميل في قلبه يصدر عنه ذلك الفعل ، وأما إن علم أو ظن أو اعتقد أن له في الفعل الفلاني مفسدة راجحة فعند حصول هذا العلم أو الاعتقاد أو الظـن

---

[١] - إحياء علوم الدين ، للغزالي ١٣/١٠ (بيان حقيقة النية) .

يحصل في قلبه نفرة جازمة عن ذلك الفعل ، فإن كانت أعضاؤه سليمة ترتب على حصول تلك النفرة مع سلامة الأعضاء : الترك ، وهذا هو المراد بالداعي " [1]. وسبب التسمية بالداعي " أن الإنسان إذا علم أو ظن أو اعتقد أن له في فعل مخصوص خيراً راجحاً فإنه يصير ذلك العلم أو الاعتقاد أو الظن داعياً له إلى ذلك الفعل " [2].

" إن عند حصول اعتقاد كون الفعل ضرراً راجحاً فالقادر يتركه ، وهذا الاعتبار يسمى صارفاً . وفي الحقيقة فهو أيضا : داعياً ، إلا أنهم سموا الداعي إلى الفعل داعياً ، والداعي إلى الترك صارفا " [3].

وحديثاً قام بتأصيل نظرية الباعث وتجميع أحكامها المنثورة في كتب الفقه الأستاذ الدكتور فتحي الدريني الذي عرف الباعث بأنه : " الدافع الذي يحرك إرادة المنشئ للتصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر " [4].

ثم قام أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي وكتب في الباعث بحثاً نشره في مجلتي كلية الشريعة بالكويت والإمارات تحت عنوان : " النية والباعث في فقه العبادات والمعاملات " .

وأودعه في الموسوعة الفقهية " الفقه الإسلامي وأدلته " – المستدرك – تحت عنوان " النية والباعث في العبادات والعقود والفسوخ والتروك " [5].

ومؤخراً صدر له مؤلف مستقل تحت عنوان " الباعث على العقود في الفقه الإسلامي وأصوله " عقد فيه مقارنة بين نظريتي الباعث والذرائع ، فأوضح أوجه الاتفاق والاختلاف بين النظريتين ووصف الباعث بأنه أمر ذاتي وأنه " الدافع البعيد الذي يدفع العاقد إلى التعاقد". [6]

---

(1) – المطالب العالية من العلم الإلهي ، للرازي ، تحقيق د . أحمد حجازي السقا ٣/٩ دار الكتاب العربي ط١/١٩٨٧ .

(2) – المرجع السابق ٣/٩ – ١٠ .

(3) – المرجع السابق ٣/١٣ .

(4) – الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، د . فتحي الدريني /٤٣٣ جامعة دمشق ط١/١٩٦٧ ، وانظر : النظريات الفقهية ، له /٢٢٨ كتاب جامعي ط /١٩٨٢ .

(5) – الفقه الإسلامي وأدلته أ .د . وهبة الزحيلي ٩/٨١ دار الفكر ط١/١٩٩٦ – المستدرك – .

(6) – الباعث على العقود في الفقه الإسلامي وأصوله أ .د . وهبة الزحيلي ، دار المكتبي ط ١/٢٠٠٠ دمشق .

وللدكتور عبد الكريم زيدان رسالة من ضمن مجموعة بحوث فقهية بعنوان " أثر القصود في التصرفات والعقود " اقتصر فيها على المسائل العملية التطبيقية دون تعريف للباعث وبيان طبيعته " [1] .

● الفرع الخامس : التعريف المختار للباعث :

الباعث هو : ((المحرك للقوة النفسية المدركة للغاية والمحركة للإرادة نحو تحقيق غرض غير مباشر من التصرف)) .

- " القوة النفسية " أي الشعور والميول والعواطف [2] والرغبات .
- " المدركة للغاية " أي أنها تصورت وتخيلت الغاية من التصرف وعرفت ما يحققه لها من مصالح ومنافع .
- " المحركة للإرادة " أي الحاملة على سلوك إرادي معين لمنشئ التصرف .
- " غرض غير مباشر" هذا القيد جاء للتفريق بين الباعث وبين قصد إيجاد التصرف وهو النية المباشرة .

*** *** *** ***

---

[1] -أثر القصود في التصرفات والعقود ، د . عبد الكريم زيدان مؤسسة الرسالة ط٢ /١٩٨٨ .

[2] - تلعب العاطفة دوراً هاماً في حياة الإنسان ، وهي مصدر معظم دوافعنا وجهودنا ، فعاطفة الحب حددت سلوك مهاجر أم قيس . وقد عرّف علماء النفس العاطفة بأنها : " استعداد وجداني مركب وتنظيم مكتسب لبعض الانفعالات نحو موقف معين تدفع صاحبها للقيام بسلوك خاص " أسس علم النفس العام /١٥٥ .

المطلب الثاني

تمييز الباعث من غيره من المصطلحات

إن المتتبع للتعاريف السابقة والنصوص القانونية يجد اختلاط بعض المعاني والمصطلحات بفكرة الباعث ، فكان لا بد من تجلية الأمر وتحديد مفهومات كل منها وعلاقتها بعضها ببعض وهل يوجد بينها ترادف أم لا ، وخاصة الدافع والباعث ؟ .

لذا سأبحث في هذا المطلب الفرق بين الباعث وكل من الدافع و الغرض و الغاية و السبب .

- **الفرع الأول : الباعث والدافع :**

يعمد الكثير من فقهاء الشريعة الإسلامية ورجال القانون إلى استعمال لفظ " الباعث" و " الدافع " بمعنى واحد على اعتبار أن أحدهما مرادف للآخر . والسؤال الذي يطرح نفسه : هل الباعث والدافع لفظان مترادفان من حيث المعنى ؟ . والجواب : هو أنه لا ضرر في أن يكونا كذلك من الناحية اللغوية والفلسفية .

فمن الناحية اللغوية : الباعث لغة : هو الإرسال والحمل على الفعل ، يقال : بعثه على الشيء أي حمله على فعله ، وبعثه : أثاره ، وهو معنى يصدق على لفظ الدافع .

ثم إن الباعث من الناحية الفلسفية : هو كل ما يبعث في الكائن الحي الحركة أو النشاط أو التوجه أو التفكير ، وهذا يصدق على لفظ الدافع ، فلا معنى للتفرقة من الناحية القانونية أو الشرعية بينهما فهما اسمان لمسمى واحد [1].

ولكن لعلماء النفس والباحثين فيه وجهة نظر أخرى وهي : أن الباعث يتميز عن الدافع من حيث الطبيعة والوظيفة ، فالباعث : موقف خارجي ، أي يعمل من خارج الكيان الإنساني ، ذو طبيعة موضوعية ، يستجيب له الدافع ، ووظيفته إشباع حاجات الكيان الإنساني .

أما الدافع فهو ذو طبيعة ذاتية ، أي يعمل من داخل الكيان ذاته ، ووظيفته حث الشخص وتوجيهه نحو إشباع الحاجات المطلوبة ، فالطعام باعث يستجيب له دافع الجوع ، والماء

---

(1) – الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية د . الشرفي /٣٠-٣١ .

باعث يستجيب له دافع العطش . أي أن الدافع استعداد داخلي يحرك الرغبة والنشاط بينما الباعث مثير خارجي تتوجه إليه الدوافع ليتولى إشباعها[1] ، والله اعلم .

وهناك فارق آخر فالباعث فكرة تنزع إلى إحداث عمل إرادي ، أي يختص بالمجال العقلي ، فهو السبب العقلي للفعل أو مجموعة الاعتبارات العقلية التي تسوغه .

أما الدافع فيختص بالمجال الحسي ، وأكثر ما يطلق على الدوافع الانفعالية أو اللاشعورية التي تحرك نشاط الفرد وتوجهه إلى غاية معينة .

وبعض الفلاسفة يفرقون بين الدوافع والبواعث فيجعلون الأولى انفعالية والثانية عقلية . قال أحدهم : " يخضع كل إنسان في عمله لأسباب شعورية أو لا شعورية ، فإذا كانت هذه الأسباب عقلية سميت بالبواعث ، وإذا كانت حسية أو انفعالية سميت بالدوافع أو الحوافز ، فالبواعث توجه ، والدوافع تحرك ، والمرء لا يستطيع أن يتجرد منهما أبداً " .

ومن قبيل ذلك ما قاله آخر : " إذا كانت البواعث تتميز باشتمالها على تقدير موضوعي للمواقف فإن الدوافع تتميز باشتمالها على عناصر ذاتية كالرغبات والعواطف والأهواء " .

معنى ذلك كله أن أسباب الفعل إذا كانت عقلية سميت بالبواعث وإذا كانت قلبية سميت بالدوافع ، وإذا كان بعض المؤلفين – من الفقهاء ورجال القانون – يطلق البواعث والدوافع على معنى واحد فمرد ذلك إلى أن الأفكار لا تحمل على الفعل إلا إذا كانت مصحوبة بالعواطف والانفعالات [2].

- **الفرع الثاني : الباعث والغرض :**

لا ينوي الإنسان عملاً من الأعمال إلا أن تكون وراء هذا العمل مصلحة له أو منفعة وإلا كان سفيهاً ، فالنية لا يمكن أن تبرز بلا غرض معين فحقيقة النية هي تحقيق الغرض المنوي، فهل الغرض المنوي هو الذي يبعث على النية ؟

---

(1) – علم النفس المعاصر ، حلمي المليجي /١١٢ و ١١٩ ، أسس علم النفس العام /١١٤ د . طلعت منصور وآخرون ، أصول علم النفس الحديث ، د . فرج عبد القادر طه /١٢٧ دار قباء ط/٢٠٠٠ القاهرة .

(2) – المعجم الفلسفي د . مراد وهبة / ٧٠ و ١٩٢ دار الثقافة الجديدة ، ط٣ / ١٩٧٩ ، المعجم الفلسفي د. جميل صليبا ١٩٦/١ – ١٩٧ دار الكتاب اللبناني ط/١٩٨٢ بيروت .

الغرض لغة : هو الهدف [1] الذي يتوجه إليه الشخص بنشاطه وسلوكه ، وهو النهاية التي يقف عندها السلوك الإنساني المتواصل والمتتابع ، ومع ذلك قد تكون نهاية لبداية أخـــرى وهكـــذا في تتابع سلوكي مستمر وحركة نشطة موصولة هي الحياة ذاتها .

والأغـــراض تتعدد وتتتابع ، فإذا كان الغرض هو الهدف المباشر من التصـــرف فإنــه يسمى " نتيجة أو ثمرة " ومن هنا تتضح طبيعة الغرض بأنه ليس عنصراً ذاتياً ، بل هـــو عنصـــر موضوعي له وجود ويمكن إدراكه وتصوره ثم الرغبة فيه والسعي إليه ، فهو ليس مـــن طبيعـــة نفسية ولا ذهنية ، أما القوة المحركة للسلوك بعد إدراكها وتصورها لهذا الغرض وما تجنيه مـــن مصالح ومنافع فهي " الباعث " من هذا التحديد لطبيعة الغرض يتضح الفرق بينه وبين البـاعث ، من ثم تتضح العلاقة بينهما .

فالعلاقة بينهما تقوم على التصور الذهني والإدراك العقلي والتعلق العاطفي أن في هذا الغرض مصلحة ، وطالما أن الغرض هدف فهو ذو قيمة ويكون مطلوباً ومرغوباً فيه .

والداعي والمحرك للإرادة التي هي النية لتحقيق هذا الغرض هو " الباعث " فالباعث وراء القصد أو النية .

ولم ينبه الغزالي رحمه الله إلى الفرق بين الغرض والباعث فقال : " فالمحرك الأول هـــو الغرض المطلوب وهو الباعث ، والغرض الباعث هو المقصد المنوي ، والانبعاث هو القصـــد والنية ، وانتهاض القدرة لخدمة الإرادة بتحريك الأعضاء هو العمل " [2].

أما الرازي رحمه الله فأثبت الفرق بقوله : "قد يسمى الداعي بالغرض ، والفرق : هو أن الغرض اسم لتلك المنفعة المعلومة أو المظنونة ، أما الداعي فهو ذلك العلم أو الظن ، والحكمـــاء يسمونه بالعلة الغائية ، وقد يسمونه أيضا بالعلة التامة " [3].

---

(1) – القاموس المحيط ، مادة (غرض) .

(2) – إحياء علوم الدين ١٣/١٠ (بيان حقيقة النية) .

(3) – المطالب العالية من العلم الإلهي ١٠/٣ .

● **الفرع الثالث : الباعث والغاية :**

الغاية لغة : مدى الشيء وأقصاه ومنتهاه[1]. فهي أقصى ما يبتغيه الشخص من نشاطه ، أي أنها أخر الأغراض أو الأهداف التي يريدها الشخص ، وربما كانت هناك أغراض أولية ومتوسطة.

والغاية ليست ثابتة لكل سلوك إنساني فربما تتغير بالنسبة إلى الفعل الواحد بين شخص وآخر، وقد تتحول عند الشخص نفسه ، وقد تصبح الغاية وسيلة لغاية أخرى .

ويمكن التطابق بين الغاية والغرض إذا اتخذ الهدف من النشاط صورة واحدة فقط لا تعدد لها ولا تتابع وهذا أمر نادر فالأصل اختلافهما[2].

وهي ، أي الغاية ، ذات طبيعة موضوعية تمثل وجوداً حقيقاً ، فليست من طبيعة نفسية ،ولا يصح نسبتها إلى عنصر نفسي كالإرادة أو القصد ، فهي بعيدة عن ذاتية الإنسان ، والنسبة بينها وبينه هي نسبة تصور ذهني وتعلق عاطفي .

من هنا فهي لا تختلط بالباعث ، والباعث ما هو إلا انعكاس عقلي نفسي لها .

ولكن قد تختلط الأمور عندما تكون الغاية من طبيعة معنوية عندها يكون ضابط التفرقة بينهما هو النظر إلى موضع كل منهما من النشاط وأثره بعده ، فالباعث هو أول نقطة في السلوك بينما تكون الغاية هي نهايته ، ولهذا قيل : (إن أول الفكر آخر العمل)[3].

إضافة إلى أن الباعث لا يمكن تلمسه عند انتهاء الفعل ، أي لا يمكن أن يبقى له وجود محسوس كالحقد والحسد والطمع ، فكل هذه المعاني لها دور في الحث على السلوك ثم تختفي عند انتهائه ، أي عند تحقق الغاية ، لتحقق الإشباع لها . أما الغاية فتبقى واضحة ومحسوسة بعد إتمام الفعل واختفاء الباعث الداعي ، بِعَدِّها أثراً للسلوك وليست سبباً له كالضرر والإساءة وتفويت الحقوق ...

---

(1) - لسان العرب ، مادة (غيا) .

(2) - الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية /٥٤ حاشية رقم (٢) .

(3) - قال الرازي رحمه الله في المطالب العالية من العلم الإلهي ١٨/٣ : إن الفاعل إذا فعل لأجل غرض فذلك الغرض إنما يحصل في آخر ذلك الفعل ، مثاله : من يبني بيتاً لدفع الحر والبرد فهذا المقصود إنما يحصل بعد دخول البيت بكماله في الوجود ، لهذا قيل : إن أول الفكر آخر العمل " . قال الزركشي رحمه الله في البحر المحيط ٢٨/١ : للسبب الغائي اعتبارات : أول الفكر ويسمى " الباعث " ، ومنتهاه وهو آخر العمل ويسمى " الفائدة " وهي الغاية .

فالغاية : هي كل أمر يمكن إداركه والرغبة فيه ، سواءٌ أكان ذلك الأمر مادياً أم معنوياً ، كالمعاني السابقة ، فجميعها يمكن أن تكون محل رغبة ، أما الباعث فيمكن وصفه بأنه هو الرغبة ذاتها .

إذاً فالعلاقة بينهما أن الباعث هو إدراك للغاية " المنفعة " والرغبة في تحصيلها ، فالغاية هي موضع هذه المنفعة ، أي أداة إشباع هذه الرغبة [1].

ثم إن نوع الغاية وصفتها هي التي تحدد نوع الباعث وصفته ، فإذا عرفت غاية المتصرف من تصرفه أمكن معرفة الباعث له على هذا التصرف ، والعكس صحيح ، فمعرفة الباعث يكشف عن الغاية .

وهذه العلاقة بين الباعث والغاية تفيد في فهم القيمة الأخلاقية للباعث فيما إذا كان مشروعاً أم غير مشروع .

الغاية التي تتجه إليها البواعث :

تقدم القول : إن الغاية التي يرجوها المسلم من وراء أفعاله هي المعيار الذي يقوِّم به عمله ، فالأعمال تصبح ذات قيمة أو تفقد قيمتها باعتبار الغاية التي يرمي إليها العامل من عمله .

ومعرفة الغاية الحقيقية التي تستثير النفس الإنسانية هي مفتاح النفوس ، ولا خلاف بين الناس في أن المطلوب الذي يرمون إلى تحقيقه وإيجاده هو السعادة [2] ، فمن أجل السعادة ينطلق الناس في مساعيهم وأعمالهم يوماً وراء يوم ، وشهراً إثر شهر .

---

(1) – شرح قانون العقوبات العام ، د . مصطفى محمود /٤٢٦ ، فقرة (٢٩٤) .

(2) – يقول الرازي رحمه الله : " لابد من الاعتراف بوجود أشياء تكون مطلوبة لذواتها وأعيانها ، ولا بد من الاعتراف بوجود أشياء مهروب عنها لذواتها وأعيانها ، ثم إذا تأملنا ورجعنا إلى أنفسنا علمنا أن الشيء الذي يكون مطلوب الحصول لذاته أحد أمرين : إما اللذة وإما السرور ، وأن الشيء الذي يكون مكروه الحصول لذاته: إما الألم وإما الغسم . وأما كل ما يفضي حصوله إلى حصول اللذة والسرور فإنه يكون مطلوب الحصول لغيره ، وكل ما يفضي إلى حصول الألم والغم فهو مطلوب لغيره . وأما لفظ الخير والمصلحة فإنه يتناول كل ما كان مراداً بالحصول ، سواء أكان مراد الحصول لذاته أم لغيره .. إذا عرفت هذا فنقول : لما كان حصول اللذة والسرور أمراً مطلوباً بالذات فإذا تصورنا في أمر من الأمور كونه مستلزماً لحصول اللذة والسرور صار مطلوب الحصول ، وذلك هو الداعي إلى الفعل" . المطالب العالية من العلم الإلهي ٢١/٣ – ٢٢ (الفصل الرابع : في تحقيق الكلام في المنفعة والمضرة والخير والشر والمصلحة والمفسدة) .

ومع أن الناس اتفقوا على هذا المذهب إلا أنهم اختلفوا اختلافاً كبيراً في تحديد السعادة التي ينبغي أن يقصدها الإنسان ويسعى إلى تحقيقها في واقع الحياة ، والسبب في هذا الاختلاف يعود إلى الجهل الذي لا يستطيع الإنسان أن يتخلص منه مهما أوتي من العلم ، وهذا الجهل عائد إلى قلة المعرفة بحقائق الأمور وبواطنها وكذلك بالعواقب والنتائج إذ إن نظرة الإنسان نظرة محكومة بالدنيا لا تتجاوزها إلى ما وراءها ، ويقترن بهذا الجهل ظلم النفس وطغيانها بما حبب إليها من الملذات العاجلة المرئية فتتعامى عن الخير الحقيقي الذي يجب أن تقصده ، قال تعالى : ((بَلْ تُؤْثِرُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا * وَالْآخِرَةُ خَيْرٌ وَأَبْقَى)) [الأعلى /١٦-١٧].

من أجل ذلك آثر كثيرون النفع المادي وشهوات الدنيا التي تروي أهواء النفوس وتركوا الآخرة وراءهم ظهرياً لأنها تحتاج إلى جهد مبذول ومخالفة لأهواء النفوس ، ومن هنا كانت الرسالات السماوية ، وجاءت النبوات تجلّي الحقائق للإنسان وتبصره بالغاية والنهاية وتعرفه على السبيل الأقوم والمقصد الأسمى وهو الله دون سواه (١).

---

(١)- مذاهب الغاية من السلوك والمقياس الخلقي : نشأت حول الغاية والسلوك والمقياس الخلقي مذاهب مختلفة :

١- منهم من رأى أن الغاية التي يسعى إليها الإنسان هي : الفضيلة مهما تحمل في سبيلها من مشاق ، وقالوا : المقياس الخلقي هو : الواجب ، فما طابق الواجب من الأخلاق كان خيراً ، وما خالفه كان شراً ، وهذا المذهب مردود ، لأن الواجب قد يؤدي إلى أهداف غير نبيلة ، جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال : الرجل يقاتل للمغنم .. ويقاتل للمغرم .. ويقاتل ليرى مكانه ، فمن في سبيل الله ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : من يقاتل لتكون كلمة الله هي العليا فهو في سبيل الله " . وهؤلاء هم أصحاب مذهب الواجب .

٢- ومنهم من يرى أن الغاية من هذه الحياة هي : اللذة وتحصيل المشتهيات الشخصية والعامة ، وقالوا : إن مقياس الخير والشر هو السعادة ، وهؤلاء هم أصحاب مذهب المنفعة ، وهذا المذهب مردود ، لأن اللذة لا تجلب السعادة بل قد تورث الشقاء ، ومن الحكمة قولهم : " رب لذة ساعة أورثت حزناً طويلاً " .

٣- ومنهم من يرى أن الغاية هي : تحقيق المثل الأعلى للكمال في السلوك ، وقالوا : إن المقياس هو أن يكون في وفاق مع ما حوله ، وهؤلاء هم أصحاب مذهب النشوء والارتقاء ، وهذا أيضا مردود ، لأن كون الإنسان موافقاً لكل ما حوله معناه أن يكون إمعة يتكيف مع كل الأعراف والعادات ، لأن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجب ضروري لإصلاح المائل وتغيير البيئة لتكون حسب المعايير التي أنزلها الله ، إلا إذا أرادوا بموافقة الإنسان لكل ما حوله أن يوافق مملكة الكون في الخضوع لمرضاة الله والانقياد لأوامره . قال تعالى : ((وَلَهُ مَنْ فِي السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ كُلٌّ لَهُ قَانِتُونَ)) [الروم /٢٦] وبهذه يتم بين الإنسان ومعمل الكون التوافق والانسجام وتلتقي فطرة الإنسان بطبيعة الكون في إسلام الوجه لله . قال الله تعالى : ((وَلَهُ أَسْلَمَ مَنْ فِي السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ طَوْعاً وَكَرْهاً)) [آل عمران /٨٣] . وقال الله تعالى : ((فِطْرَتَ اللهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَاتَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللهِ ذَلِكَ الدِّينُ الْقَيِّمُ وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ)) [الروم /٣٠] . وبموجب هذا التصور ، لا غاية ولا هدف ولا مقصد لكل موجودات العالم إلا ذات

وقد جاء منهج النصوص القرآنية والسنة النبوية حافلاً بكثير من الترغيب في الأفعال التي يريد الشارع من المكلف تحقيقها والتي تكرهها النفوس وتنفر منها ، فيحدث - أي الشارع - لهذه الأفعال من الدواعي بمقدار كراهية النفوس لها ونفورها منها ، فعندما تسمع القلوب وتعي ما أعده الله للذين يؤدون واجباتهم من الجزاء الكريم والأجر العظيم فإنه يستهويها ويملك عليها أمرها ، فلا تملك إلا أن تندفع إلى تحقيق ما طلب منها عن رضا وطواعية . قال الله تعالى : ((قَيِّماً لِّيُنذِرَ بَأْساً شَدِيداً مِّن لَّدُنْهُ وَيُبَشِّرَ الْمُؤْمِنِينَ الَّذِينَ يَعْمَلُونَ الصَّالِحَاتِ أَنَّ لَهُمْ أَجْراً حَسَناً)) [الكهف /٢] .

فالسعادة كلها في اتباع الشريعة في كل ما ورد وصدر ونبذ الهوى فيما يخالفها . قال تعالى : ((فَمَنِ اتَّبَعَ هُدَايَ فَلَا يَضِلُّ وَلَا يَشْقَى)) [طه /١٢٣] . أي فلا يضل في الدنيا عن الصواب ولا يشقى في الآخرة بالعذاب .

= الله تبارك وتعالى ، أي أن الإنسان عندئذ ليس له من سبيل إلا إسلام وجهه لله تعالى ، ويقول أبو الأعلى المودودي : لابد من ضابطة خلقية عامة للخواص والعموم معاً .. ومقياس يكون أرفع وأعلى من المقاييس المادية والنفسية وذلك بجعل الحصول أو عدم الحصول على المرضاة الإلهية هو المقياس للمنفعة أو المضرة .. والنتائج المرضية أو غير المرضية للأعمال .

وهذا مقياس ظاهر لا تشوبه شائبة من المادية والنفسانية ولا يكون الإنسان الصالح على أساسه ، ولا بعد بذله كل ما لديه من نفس أو مال أو ذرية في سبيل ابتغاء وجه الله إلا على يقين تام من ربحه ومنفعته .

ولا يكون الإنسان الفاسد على أساسه ، ولا بعد اقتنائه أكبر مقدار من المنافع المادية والملذات الحسية والرغائب النفسانية بمعصية الله وتجاوز حدوده إلا على يقين تام من خسارته وشقائه .

وإذا كان الإنسان خليفة في أرض الله فهل يتخذ لنفسه غاية سوى أن يحاول وسعه ويستنفد جهوده لاسترضاء ربه ؟ وليكون خادماً مطيعاً وفياً يعرف واجبه ويؤديه على أحسن وجه ويرتضيه ؟ .

وهل له إذا كان صادقاً مخلصاً أميناً أن يحسب أن له غاية في الحياة سوى خدمة سيده والعمل على ابتغاء رضوانه . ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية : فالسعادة أن يكون العلم المطلوب هو العلم بالله وما يقرب إليه ، ويعلم أن السعادة في أن يكون الله هو المحبوب المراد المقصود ، ولا يحتجب بالعلم عن المعلوم ، كما قال الشيخ العارف للغزالي لما قال له : أخلصت أربعين صباحاً فلم تتفجر لي الحكمة مشيراً إلى قول الرسول ﷺ : من أخلص لله أربعين صباحاً تفجرت ينابيع الحكمة من قلبه على لسانه ، فقال له : يا بني أنت أخلصت للحكمة ، ولم يكن الله مرادك .

والإخلاص لله أن يكون الله هو مقصود المرء ومراده فحينئذ تتفجر ينابيع الحكمة من قلبه على لسانه ، ولهذا تقول العامة : قيمة كل امرىء ما يحسن ، ويقول العارفون : قيمة كل امرىء ما يطلب " .

السلوك الإنساني بين الجبرية والإرادية أ .د . عبد المجيد سيد أحمد منصور و أ .د . زكريا أحمد الشربيني /٢٠٨-٢٠٩-٢١٠ .

● **الفرع الرابع : الباعث والسبب :**

جاءت النصوص القانونية وأطلقت لفظ السبب وأرادت به ، في بعض الأحيان ، الباعث فهل هذا إطلاق صحيح ؟ يعرف ذلك من تحليل معاني السبب اللغوية .

فالسبب لغة [1] : - الحبل ، قال تعالى : ((**فَلْيَمْدُدْ بِسَبَبٍ إِلَى السَّمَاءِ**)) [الحج/١٥] يعني بحبل من سقف البيت .

- الباب ، قال تعالى : ((**لَّعَلِّي أَبْلُغُ الأَسْبَابَ * أَسْبَابَ السَّمَوَاتِ** ...)) [غافر/٣٦-٣٧] أي أبوابها .

- الطريق إلى الشيء ، قال تعالى : ((**وَآتَيْنَاهُ مِن كُلِّ شَيْءٍ سَبَباً * فَأَتْبَعَ سَبَباً**)) [الكهف ٨٤-٨٥] أي طريقاً .

والكل يرجع إلى معنى واحد ، وهو طريق الوصول إلى الشيء المقصود ، وكذلك الباعث فهو الطريق المفضي إلى إيجاد الفعل بتحريك الإرادة ، فلا ضير من إطلاق لفظ السبب على الباعث .

وفي الشرع : هو عبارة عما يكون طريقاً للوصول إلى الحكم غير مؤثر فيه [2].

وللسبب إطلاقات ومعان عديدة مختلفة لن أتوقف عندها الآن ، وسيأتي تفصيلها في الفصل القادم عند الكلام عن سبب العقد إن شاء الله .

والذي لابد من ذكره أن السبب والعلة يطلقان على معنى واحد عند الحكماء وهو ما يحتاج إليه شيء آخر .. لكن أصحاب علم المعاني يطلقون العلة : على ما يوجد الشيء والسبب على ما يبعث الفاعل على الفعل ، ويقولون للأول : العلة الفاعلية (أي العلة) وللثاني : العلة الغائية [3].

وذكر الغزالي رحمه الله في المستصفى : " أنهم تنازعوا في تسمية مجرد السبب علة دون المحل والشرط فتقول : اسم العلة مستعار من العلامات الشرعية ، وقد استعاروها من ثلاثة مواضع على أوجه مختلفة :

---

(١) - القاموس المحيط ، مادة (سبب) .

(٢) - التعريفات للجرجاني /١١٧ ، دار الكتب العلمية ط ١٩٨٣/١ ، أصول السرخسي ٢٧٦/٢- ٢٧٧ ، تحقيق رفيق العجم ، دار المعرفة ط١ /١٤١٨ بيروت .

(٣) - الكليات ، الكفوي /٥٠٣- ٥٠٤ .

الأول : الاستعارة من العلة العقلية .

الثاني : الاستعارة من البواعث ، فإن الباعث على الفعل يسمى علة الفعل .

فمن أعطى فقيراً فيقال : أعطاه لفقره ، فلو علل به ثم منع فقيراً آخر فقيل له : لِمَ لم تعطه وهو فقير ، فيقول : لأنه عدوي ، ومنع فقيراً ثالثاً وقال : لأنه معتزلي فلذلك لم أعطه ، فمن تغلب على طبعه عجرفة الكلام وجدله فقد يقول : أخطأت في تعليلك الأول فكان من حقك أن تقول : أعطيته لأنه فقير وليس عدواً لي ولا هو معتزلي .

ومن بقي على الاستقامة التي يقتضيها أصل الفطرة وطبع المحاورة لم يستبعد ذلك ولم يعده متناقضاً وجوز أن يقول : أعطيته لأنه فقير ، لأن باعثه هو الفقر ، وقد لا يحضره عند الإعطاء العداوة والاعتزال ولا انتفاؤهما ، ولو كانا جزأين من الباعث لم ينبعث إلا عند حضورهما في ذهنه وقد انبعث ولم يخطر بباله إلا مجرد الفقر فقد جوز تسمية الباعث علة ، فيجوز أن يسمى مجرد التماثل علة لأنه الذي يبعثنا على إيجاب المثل في ضمانه ، وإن لم يخطر ببالنا إضافته إلى غير المصراة ، فإنه قد لا تحضرنا مسألة المصراة أصلاً في تلك الحالة .

الثالث : لاسم العلة علة المريض [1].

*** *** *** ***

[1] – المستصفى للغزالي ٢/٣٤١ (الركن الرابع : العلة ، مسألة تخصيص العلة) .

المطلب الثالث :ضابط الباعـــــث

إن الباعث أمر ساكن في خفايا الضمير ، فــهو نوع مــن النية ، وهو لا يثير أي مشكلة ما دام مشروعاً أي موافقاً لأحكام الشريعة الإسلامية والأخلاق ولا يخالفها ، بل إنــه يدخــل المباحات في باب الطاعات ، فينال فاعلها رضاء الله ويكون أهلاً لإكرامه وجزيل إنعامه .

ولكن يظهر أثره ويكون أداة ووسيلة تُحيل الفعل المباح إلى معصيــــة إن كــان غــير مشروع ، فيستحق فاعلها ، أي المعصية ، العقاب بدل الثواب ، كما أنه يكون الأداة لإبطـال العقد أو التصرف ، عند البعض ، إذا كان غير مشروع .

ثم إنه لا يعول على الباعث غير المشروع إلا في مجال الإباحة ، والمقصود بالإباحة هنا مـــا هو مأذون فيه ومشروع ، أما إذا كان الفعل حراماً منهياً عنه فلا يعتد بالباعث غــير المشــروع لوجود وسيلة أخرى لإبطال التصرف ، كأن يكون المحل غير مشروع .

ولكي لا يكون الاعتداد بالباعث سبباً في تزعزع المعاملات ، وحرصـــاً مــن الفقــه الإسلامي نحو استقرار التعامل ، فقد اتفق العلماء على ضابط لإعمال الباعث غير المشـروع ، وهو علم العاقد الآخر بالباعث غير المشروع الذي حدا بالطرف الأول إلى التعاقد ، فليس ثمــة في المذاهب الإسلامية من يجعل الباعث غير المشروع سبباً لهدم التصرف إذا جهله العاقد الآخر ، بعبارة أخرى يجب أن يكون هذا الباعث مشتركاً بين المتعاقدين .

فإذا كان منصوصاً عليه في العقد فلا خلاف بين العلماء في إعماله لأنه في تلك الحالة يُعَدُّ داخلاً في صيغة العقد ، وهو جزء من التعبير عن الإرادة ويبطل العقد تبعاً لذلك .

أما إذا لم يكن منصوصاً عليه في صلب العقد فقد وقع الخلاف بين الفقهاء : فذهــب فريق وهو الحنفية والشافعية إلى أنه لا يعتد بالباعث طالما أنه متوارٍ عن دائرة التعاقد ، وذهــب المالكية والحنابلة إلى الاعتداد به ما دام الطرف الثاني على علم به .

- **خلاصة القول :**

إن فكرة الباعث لا تثار إلا إذا كان غير مشروع وفي مجال الأعمال والأفعال المــأذون بها شرعاً ، وكان العاقد الآخر على علم به . والله أعلم .

المبحث الثاني

خصائص الباعث وأقسامه

المطلب الأول : تحديد طبيعة الباعث

ذهب العلماء في تحديد طبيعة الباعث ومكوناتها مذاهب : هل هو ذو طبيعة نفسية محضة أم طبيعة ذهنية محضة أم مزيج منهما معا ؟ فانقسمت الآراء إلى ثلاثة :

الأول : أن الباعث يرجع إلى طبيعة نفسية محضة خالية من أي عنصر ذهني يرجع إلى العقل .

فهو -أي الباعث - قوة تنبعث عن إحساس وميل ، أو رغبة مجردة من معنى التصور والتمثل الذي يقوم على التفكير والتخيل . وهذا ما قال به بعض رجال القانون من خلال تعريفهم للباعث [(١)].

الثاني : أن الباعث يرجع إلى حالة ذهنية تصورية ، بمعنى أنه يقوم على مجرد التصور الذهني والتمثل الفكري للغاية التي يهدف إليها الشخص بسلوكه .

وهذا المذهب يؤكد العلاقة بين الباعث والغرض والغاية ، فهو يجعل الباعث انعكاساً لهما ، كما يستبعد وجود باعث غير معلوم ، أي خارج دائرة الإدراك [(٢)].

الثالث : يجمع بين المذهبين السابقين ، والباعث عنده ذو طبيعة مزدوجة ، فهو مزيج مركب من عنصر نفسي : وهو الميل والعاطفة ، وعنصر عقلي : وهو التصور والتمثل للغاية المراد الوصول إليها ، واعتقاد بالمنفعة الناتجة عن تحقيق الغرض .

فالباعث إذاً اتحاد ظواهر نفسية وذهنية مؤثرة ، وبعبارة أدق هو اتحاد تصور وتصديق [(٣)]، وشعور ورغبة . والتصور والتصديق هو الجزء الذهني المرتبط بالغاية ، بينما

---

(١) - انظر : ص /٣٣ من هذا البحث ، تعريف ، د . عدنان الخطيب، والباعث وأثره في المسؤولية الجنائية /٣٣ وما بعدها

(٢) - المرجع السابق ، الباعث وأثره .

(٣) - التصور : حصول صورة الشيء في العقل ، وإدراك الماهية من غير أن يحكم عليها بنفي أو إثبات ، أما التصديق فهو : أن تنسب باختيارك الصدق إلى المخبر . التعريفات للجرجاني /٥٩ .

الشعور والرغبة هو الجزء النفسي ، وهو العنصر الحاسم في الإعداد للفعل ، وهذا ما قـــال بـــه الغزالي رحمه الله [١].

● **تعقيب :**

مما لاشك فيه أن العمليات الإرادية التي تصدر عن الإنسان لاتخاذ قرار إرادي إقدامـــاً أو إحجاماً ، إنما تصدر غالباً بعد تدبر قائم على الإدراك العقلي للنفع والضرر المرتبـــط بالســـلوك المزمع ممارسته .

وكذلك فإن مجرد التصور أو التمثل العقلي للغاية والإدراك الذهني للنفـــع أو الضـــرر لايكفي وحده لحث الإرادة على الإقدام أو الإحجام إذا لم تقترن بذلك كله رغبة في ممارســـة السلوك .

وهذا يعني أن إقامة الباعث على عنصر عقلي إدراكي محض ليس هو الاتجاه السليم ، وأنه لا بد من التسليم بأهمية العنصر النفسي في نشوء فكرة البواعث بصفة عامة .

ومن جهة أخرى فإن بناء الباعث على عامل نفسي صرف هو اتجاه غير سليم أيضـــاً ، فمن الصعوبة التسليم بأنه يمكن الرغبة في أمر ما بدرجة تبعث على الفعل إذا لم يكن الشخص قد أدرك في الأمر ما يدعوه للرغبة فيه ، فالرغبة تحصل بعد تمثل وتصور للمرغوب فيه وبفاعليتـــها الدافعة تتحرك الإرادة .

● **الترجيح :**

نتيجة ذلك : لا بد من إدراك ذهني للغاية وتعلق عاطفي بها لتتكون القوة التي تعمل على تنشيط وتوجيه السلوك نحو هدف معين ، وهو الغاية المدركة سابقاً. بذلك يترجح المذهـــب الثالث القائل بـــأن الباعث ذو طبيعة مزدوجة : من عنصر نفسي ، وآخر ذهني فكـــري . ويكون العنصر الذهني هو المقدمة للعنصر النفسي ، وهذا الأخير وإن كان يستند إلى الأول إلا أنه هو العامل الحاسم في مجال التصرف الإرادي[٢].

---

[١] - إحياء علوم الدين ١٠/١٣ (بيان حقيقة النية) وبه قال د . محمد نيازي حتاته في الدفاع الاجتماعي /٢٤٢ انظـــر: حاشية رقم (١) من الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية /٣٥ " الدافع على السلوك يبدأ أولاً بإدراك أو معرفة شيء أو أمر من الأمور ، فإذا تم الإدراك والمعرفة حدث تأثر أو انفعال داخلي نتيجة هذا الإدراك أو هذه المعرفة وحينئذ تتولد في النفـــس رغبة أو نزوع في مواجهة هذا الشيء أو الأمر " .

[٢] - الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية / ٣٦ .

وإليه ذهب الغزالي رحمه الله في " الإحياء " فقد ذكر أنه لا بد من معرفة وإدراك للمنفعة ثم لا بد من ميل إليها ورغبة فيها ، فإذا توافر الجانب الإدراكي المعرفي فقط فإن الباعث لا ينهض ، فالمريض يرى الغذاء ويعلم أنه موافق له ، أي يدرك فائدته ، ولكن لا يمكنه تناوله لعدم الرغبة والميل ، أي لفقدان السبب المحرِّك إليه ، أما إذا انعدم الجانب الإدراكي ، أي لم تحصل معرفة للغرض واعتقاد بنفعه ، فإن الميل أو الرغبة لا تقوم " ذلك أنها تنتظر العلم والمعرفة أو الظن والاعتقاد ، وهو أن يقوى في نفسه كون الشيء موافقاً له ، فإذا جزمت المعرفة بأن الشيء موافق فلابدّ أن يفعل ، وسلمت عن معارضة باعث آخر صارف عنه انبعثت الإرادة[1].

المطلب الثاني : خصائص الباعث

سبق تعريف الباعث بأنه : " المحرك للقوة النفسية ، المدركة للغاية ، والمحركة للإرادة نحو تحقيق غرض غير مباشر من التصرف " .

مثلاً : من نتائج عقد البيع المباشرة انتقال ملكية المبيع للمشتري ، وانتقال ملكية الثمن للبائع ، أما الغرض غير المباشر الذي تحركت الإرادة لتحقيقه فيمكن معرفته بالجواب عن السؤال " لمَ ألتزم ؟" .

فمن يشتري مترلاً قد يكون الدافع له والباعث على الشراء والالتزام بدفع الثمن أن يستغل المترل ، أو أن يخصصه لسكناه ، أو يجعل منه محلاً لعمله ، أو يجعل منه نادياً للمقامرة ...إلخ .

من هنا يتضح أن الباعث يجمع الخصائص الثلاث : هو شيء خارجي ، ذاتي ، متغير [2]

١- الباعث أمر خارجي : إذ لايقع في نطاق التصرف أو العقد بل يقوم في نفس المتعاقد ، فهو ليس ركناً في التصرف داخلاً في ماهيته ، ولا شرطاً يتوقف عليه وجوبه ، لذا يجب عند إثارته لدى القضاء أن يبحث عنه القاضي خارج العقد ويستدل عليه بكل القرائن وظروف انعقاد العقد .

---

(١) - إحياء علوم الدين ، الغزالي ١٣/١٠ (بيان حقيقة النية) .

(٢) - الوسيط ، السنهوري ٤٧٨/١ ط/٣ ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده د . فتحي الدريني /٤٣٤ .

٢- الباعث أمر شخصي ذاتي ، يقوم في نفس المتعاقد ، يرجع إلى النية وما يثيرها من إلهامات وخواطر ،ويمكن أن يوصف بأنه نوع من النية الخفية .

٣- الباعث أمر متغير : نتيجة للخصيصة السابقة ، وكونه أمراً نفسياً ذاتياً ، فهو يتغير حسب ظروف العقد ، ويختلف لا بالنسبة لكل نوع من أنواع العقود بل في كل عقد على حدة ، وهذا ما يميزه عن القصد الذي لايتغير بتغير الأشخاص ، وهو واحد من كل المكلفين في النوع الواحد من العقود ، فالباعث للمشتري في عقد غير الباعث للمشتري في عقد آخر ، أما القصد فواحد لكليهما .

إضافة إلى هذه الخصائص الثلاث ، فإن الاهتمام بالباعث يؤدي وظيفة اجتماعية وهي حماية مصلحة المجتمع، لأنه يرمي إلى منع صحة عقد يبتغي بوسائل مشروعة الوصول إلى نتائج غير مشروعة ، فهو وسيلة احتياطية لإبطال عقد صحيح من الناحية الفنية ، خطر من الناحية الاجتماعية [1]، فالباعث عنصر سلبي لا يعتد به إلا إذا كان غير مشروع ، ويكون المقصود من الاعتداد به إبطال العقد [2].

المطلب الثالث : أقسام البواعث وأنواعها

- **الفرع الأول : أقسام البواعث**

قام بعض علماء القانون الجنائي بتقسيم البواعث إلى أقسام متعددة وذلك بحسب الزاوية التي ينظرون منها إليها .

فإذا كانت النظرة باعتبار الأصل والمنشأ،فهي إما دوافع فطرية وإما مكتسبة .

وإذا كانت النظرة من زاوية قياس مدى قوتها وضعفها، أي مدى تناسبها مع الأفعال التي أدت إليها والنتائج التي ترتبت عليها، فهي إما بواعث تافهة ، وإما بواعث مهمة .

وإذا كانت النظرة من حيث انسجامها مع الضمير الاجتماعي والأخلاق العامة،فهي إما بواعث شريفة اجتماعية وإما بواعث وضيعة غير اجتماعية ، وتوصف الأولى بأنها بواعث أخلاقية والثانية بأنها بواعث غير أخلاقية [3].

---

(1) – النظرية العامة للالتزام ، د . وحيد الدين سوار /١٥٢ كتاب جامعي .

(2) – المرجع السابق /١٥٣ .

(3) الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية ، علي الشرفي /٤١-٥١ .

أما التقسيم الأول فقد ذكرت سابقاً أنه لا ضير في إطلاق لفظ " دافع " على "الباعث " وبالعكس فالمعنى مترادف لغة وقانوناً ، ولكن تبعد الشقة بين اللفظين عند علماء النفس الذين يفرقون بينهما ، فالباعث غير الدافع عندهم [1]. وعند تقسيم البواعث باعتبار أصلها إلى دوافع فطرية وأخرى مكتسبة يكون ذلك خلطاً للمفاهيم ، إذ إن من بين علماء النفس من يقول : إن الدوافع الفطرية محصورة في نطاق الوظيفة البيولوجية [2] ، وقد سبق إخراج الدوافع البيولوجية من نطاق البحث في الباعث [3] ، وبالتالي يعتبر هذا التقسيم غير صحيح ، فالدوافع وحدها يمكن أن توصف بأنها فطرية يولد الفرد مزوداً بها ، أما البواعث بحسب طبيعتها المزدوجة – من تصور وإدراك ذهني وتعلق عاطفي – فلا يمكن أن تكون فطرية ، وإنما مكتسبة فقط لأنها مدركة .

أما التقسيم الثاني للبواعث من خلال النظرة إلى مدى تناسبها مع الأفعال التي أدت إليها والنتائج التي ترتبت عليها إلى بواعث ضعيفة تافهة ، وأخرى قوية مهمة فلا أهمية له في نطاق المعاملات (التصرفات والعقود) ، وإنما تظهر قيمته العملية في القانون الجنائي من حيث تقدير العقوبة لأن بعض القوانين تشدد العقوبة في حالة ارتكاب الفعل الجرمي تحت تأثير باعث تافه [4]، أما الشريعة الإسلامية فإنها لم تجعل للباعث على ارتكاب الجريمة أي تأثير على تكوينها أو على العقوبة المقررة لها ، فيستوي لديها أن يكون الباعث على الجريمة شريفاً كالقتل للثأر أو الانتقام للعرض ، أو أن يكون الباعث على الجريمة وضيعاً كالقتل بأجر أو القتل للسرقة ، فالباعث على الجريمة ليس له علاقة بتعمد الجاني ارتكاب الجريمة ، ولا يؤثر على تكوينها ولا عقوبتها شيء ما على اعتبار أن العقوبة تجب على من يقترف موجبها بغض النظر عن الباعث . وسلطة القاضي مقيدة في عقوبات الحدود والقصاص ، أما في التعازير فقد ترك الشارع للقاضي من

(1) – انظر : الفرق بين الدافع والباعث ص /٤٤ .

(2) – الدوافع النفسية ، مصطفى فهمي /٣٨ ، ط/٦ دار مصر للطباعة ، القاهرة .

(3) – انظر : حاشية رقم (٤) في ص / ٣٢ .

(4) – الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية ، للشرقي /٤٧ . ومثال الباعث التافه : أن يقتل شخص آخر لمجرد أنه – أي الأخير – وقف بسيارته برهة على جانب الطريق العام الضيق مما عرقل سير الجاني الذي أقبل بسيارته في حال عجلة .

الحرية في اختيار العقوبة وتقديرها ما يمكنه عملياً من أن يحل البواعث في تقدير العقوبة محل الاعتبار [1] .

أما التقسيم الثالث للبواعث من حيث انسجامها مع الأخلاق إلى بواعث أخلاقية شريفة وأخرى غير أخلاقية دنيئة فسيأتي الكلام عنه في أنواع البواعث في الفرع الثالث .

وهناك تقسيم رابع للبواعث من حيث انفرادها أو تعددها إلى بواعث مفردة وأخرى مركبة أو مشتركة وقد آثرت أن أفرد لها فرعاً خاصاً بها ، وهو الفرع الثاني من هذا المطلب .

● الفرع الثاني : تعدد البواعث : أقسام البواعث من حيث تعددها .

قد يكون الداعي إلى الفعل أحياناً باعثاً مفرداً متميزاً بتحريك الإرادة ومن ثم إحداث الفعل يقال عنه "الباعث المفرد "، ويقابله " الباعث المركب " ويقصد به : أن تشترك مجموعة من البواعث تعمل معاً في آن واحد في تسبيب الفعل ، هذه البواعث تتعاون مرة وتتصادم أخرى إلى أن تنصهر أخيراً في صورة واحدة وتصبح صورة لباعث واحد ، أو يتغلب أحدها وهو الأقوى فيعزل ما عداه وينفرد بالدور المؤثر في تحريك الإرادة .

من هذا المنطلق قسم الغزالي رحمه الله البواعث إلى أربعة أقسام فقال :

" **الأول** : فهو أن ينفرد الباعث الواحد ويتجرد ، كما إذا هجم على الإنسان سبع فكلما رآه قام من موضعه ، فلا مزعج له إلا غرض الهرب من السبع فإنه رأى السبع وعرفه ضاراً فانبعثت نفسه إلى الهرب ورغبت فيه ، فانتهضت القدرة عاملة بمقتضى الانبعاث ، فيقال : نيته الفرار من السبع ولا نية له في القيام لغيره وهذه النية تسمى " خالصة " ويسمى العمل بموجبها "إخلاصاً " بالإضافة إلى الغرض الباعث ، ومعناه أنه خلص عن مشاركة غيره وممازجته .

أما الثاني : فهو أن يجتمع باعثان كل واحد مستقل بالإنهاض لو انفرد . ومثاله من المحسوس أن يتعاون رجلان على حمل شيء بمقدار من القوة كان كافياً في الحمل لو انفرد . ومثاله في غرضنا أن يسأله قريبه الفقير حاجة فيقضيها لفقره وقرابته ، وعلم أنه لولا فقره لكان يقضيها بمجرد القرابة وأنه لولا قرابته لكان يقضيها بمجرد الفقر ، وعلم ذلك من نفسه بأنه يحضره قريب غني فيرغب في قضاء حاجته وفقير أجنبي فيرغب أيضاً فيه .

---

[1] – التشريع الجنائي الإسلامي ، لعبد القادر عودة ٤١١/١ (الفرق بين القصد والباعث) دار الفتح ط ١٩٦٨/٥ .

وكذلك مُن أَمَرُهُ الطبيب بترك الطعام ودخل عليه يوم عرفة فصام وهو يعلم أنه لـــو لم يكن يوم عرفة لكان يترك الطعام حمية ، ولولا الحمية لكان يتركه لأجل أنه يوم عرفـــة ، وقـــد اجتمعا جميعاً فأقدم على الفعل وكان الباعث الثاني رفيق الأول فلنسم هذا " مرافقة للبواعث ".

والثالث : أن لا يستقل كل واحد لو انفرد ولكل قوى بمجموعها على إنهاض القـــدرة ، ومثاله في المحسوس أن يتعاون ضعيفان على حمل ما لا ينفرد أحدهما به . ومثاله في غرضنــــا أن يقصد قريبه الغني فيطلب درهماً فلا يعطيه ، ويقصده الأجنبي الفقير فيطلب درهماً فلا يعطيه ، ثم يقصده القريب الفقير فيعطيه ، فيكون انبعاث داعيته بمجموع الباعثين وهـــو القرابـــة والفقـــر. وكذلك الرجل يتصدق بين يدي الناس لغرض الثواب ولغرض الثناء ، ويكون بحيث لو كان منفرداً لكان لايبعثه مجرد قصد الثواب على العطاء ، ولو كان الطـــالب فاســـقاً لا ثـــواب في التصدق عليه لكان لايبعثه مجرد الرياء على العطاء ، ولو اجتمعا أورثا بمجموعهما تحريك القلب ولنسم هذا الجنس " مشاركة " .

والرابع : أن يكون أحد الباعثين مستقلاً لو انفرد بنفسه والثاني لا يستقل ، ولكن لمـــا انضاف إليه لم ينفك عن التأثير بالإعانة والتسهيل ، ومثاله في المحسوس أن يعاون الضعيـــف الرجل القوي على الحمل ، ولو انفرد القوي لاستقل ، ولو انفرد الضعيف لم يســـتقل ، فـــإن ذلك بالجملة يسهل العمل ويؤثر في تخفيفه . ومثاله في غرضنا أن يكـــون للإنســـان وِرْدٌ في الصلاة وعادة في الصدقات فاتفق أن حضر في وقتها جماعة من الناس ، فصار الفعل أخف عليـــه بســـبب مشاهدتهم ، وعلم من نفسه أنه لو كان منفرداً خالياً لم يفتر عن عمله ، وعلم أن عمله لو لم يكن طاعـــة لم يكن مجرد الرياء يحمله عليه ، فهو شوب تطرق إلى النية ولنسم هذا الجنس " المعاونة ")) [1].

فأقسام البواعث من حيث تعددها خمسة :

أولاً : أن يعمل العمل بباعث واحد ، وهو في صورتين :

آ- إما أن يكون بباعث الدين لمجرد الانقياد والامتثـــال وطلب القرب مـــن الله ويســـمى العمل " إخلاصاً " . [2]

---

[1] - إحياء علوم الدين ١٠/١٤ - ١٥ (بيان حقيقة النية) .

[2] - إذا كانت البواعث على الفعل متعددة ، وقصد المرء واحداً منها فقط سمي ذلك التخصيص إخلاصاً ، ممدوحاً كـان المقصود أو مذموماً . غير أن العرف والشرع خصصا الإخلاص بتجريد قصد التقرب إلى الله من سائر البواعث ، وجميـــع الشوائب . الإحياء ١٠/٥٠ (بيان حقيقة الإخلاص) .

ب - وإما أن يكون بباعث الهوى لطلب السمعة والمنـزلة والمحمدة عند الناس ويسمى العمل " رياء " .

ثانياً : أن يعمل العمل بباعثين : باعث الدين وباعث الدنيا وهو في صور ثلاث :

آ- أن يتساويا - أي باعث الدين مع باعث الدنيا - وهذا ما يسمى " مرافقة " .

ب - أن يكون باعث الدين أرجح ويسمى " مشاركة " .

ج - أن يكون باعث الهوى أرجح ويسمى " معاونة " .

● **حكم البواعث حسب التقسيم السابق :**

أولاً : اتفق العلماء على أن الخالص لوجه الله تعالى سبب الثواب ، وصاحب الإخلاص على الصراط المستقيم وعلى الهدي والصواب لقوله تعالى : ((**وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ**)) [البينة /٥] .

ثانياً : اتفق العلماء أيضاً على أن العمل الذي لم يُرَدّ به إلا الرياءُ باطل قطعاً وهو سبب في المقت والعقاب ، ويسميه ابن رجب رحمه الله الرياء المحض ، وأنه يقع من المنافقين ، وأنه لا يكاد يقع من مؤمن بالله واليوم الآخر في فرض الصلاة والصوم ، وأنه يقع في الصدقة الواجبة والحج وغيرهما من الأعمال الظاهرة التي يتعدى نفعها ، فإن الإخلاص فيها عزيز ويقول فيه : " وهذا العمل لا يشك مسلم أنه حابط ، وأن صاحبه يستحق المقت من الله والعقوبة " [١].

ثالثاً : أما العمل الذي امتزجت به بعض الشوائب الدنيوية أو الحظوظ النفسية ولم يخلص كله لله ولم يكن كله للرياء ، هل يستحق المسلم به بعض الثواب أم لا ؟ اختلف فيه .

فقد بحثه الغزالي رحمه الله وحقق فيه تحت عنوان " حكم العمل المشوب واستحقاق الثواب به " وقد نظر فيه إلى قدر قوة الباعث فقال : " ظاهر الأخبار تدل على أنه لا ثواب له ، وليس تخلو الأخبار عن تعارض فيه والذي ينقدح لنا فيه والعلم عند الله أن ينظر إلى قدر قوة الباعث فإن كان الباعث الديني مساوياً للباعث النفسي تقاوما وتساقطا وصار العمل لا له ولا عليه .

---

(١) - جامع العلوم والحكم ٧٩/١ .

وإن كان باعث الرياء أغلب وأقوى فهو ليس بنافع وهو مع ذلك مضر ومفضٍ للعقاب ، لكن العقاب الذي فيه أخف من عقاب العمل الذي تجرد للرياء و لم يمتزج به شائبة التقرب .

وإن كان قصد التقرب أغلب بالإضافة إلى الباعث الآخر فله ثواب بقدر ما فضل من قوة الباعث الديني [1] .

واستدل على ذلك بقوله تعالى : ((**فَمَن يَعْمَل مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْراً يَرَهُ * وَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرّاً يَرَهُ**)) [الزلزلة /٧ ، ٨] . وقوله : ((**إِنَّ اللهَ لَا يَظْلِمُ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ وَإِن تَكُ حَسَنَةً يُضَاعِفْهَا**)) [النساء /٤٠] ، فلا ينبغي أن يضيع قصد الخير ، بل إن كان غالباً على قصد الرياء حبط منه القدر الذي يساويه وبقيت زيادة ، وإن كان مغلوباً سقط بسببه شيء من عقوبة القصد الفاسد [2].

ويوضح مذهبه بقوله : " وكشف الغطاء عن هذا أن الأعمال تأثيرها في القلوب بتأكيد صفاتها ، فداعية الرياء من المهلكات ، وإنما غذاء هذا المهلك وقوته في العمل على وفقه ، وداعية الخير من المنجيات ، وإنما قوتها بالعمل على وفقها ، فإذا اجتمعت الصفتان في القلب فهما متضادتان ، فإذا عمل على وفق مقتضى الرياء فقد قوّى تلك الصفة ، وإذا كان العمل على وفق مقتضى التقرب فقد قوّى تلك الصفة ، وأحدهما مهلك والآخر منجٍ ، فإن كان تقوية هذا بقدر تقوية الآخر فقد تقاوما " [3].

وقد مثل لهذا بالأمور المحسوسة ، فالمستضر بالحرارة إذا تناول ما يضره ثم تناول من المبردات ما يقاوم قدر قوته فيكون بعد تناولهما كأنه لم يتناولهما ، وإن كان أحدهما غالباً لم يخل الغالب عن أثره . فكما لا يضيع مثقال ذرة من الطعام والشراب والأدوية ، ولا ينفك عن أثر في الجسد بحكم سنة الله تعالى ، فكذلك لا يضيع مثقال ذرة من الخير والشر ، ولا ينفك عن تأثير في إنارة القلب أو تسويده ، وفي تقريبه من الله أو إبعاده ، فإذا جاء بما يقربه شبراً مع ما يبعده شبراً فقد عاد إلى ما كان ، فلم يكن له ولا عليه ، وإن كان الفعل مما يقربه شبرين والآخر يبعده شبراً واحداً فضل لا محالة شبر ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : " أتبع السيئة الحسنة

---

[1] – إحياء علوم الدين ٦٠/١٠ (بيان حكم العمل المشوب) ، وانظر : تفسير الرازي ٢٤٠/١٣ .

[2] – إحياء علوم الدين ٦٠/١٠-٦١ (بيان حكم العمل المشوب واستحقاق الثواب به) .

[3] – المرجع نفسه .

تمحُها " [1] . فإذا كان الرياء المحض يمحوه الإخلاص المحض عقبه ، فإذا اجتمعا جميعاً فلا بد أن يتدافعا بالضرورة .

كما استدلّ بالإجماع المنعقد على صحة الحج ممن قصد التجارة في حجه ،مع أن حجه قد امتزج به حظ من حظوظ النفس .

وكذلك الغزاة الذين يقصدون الغزو في جهة تكثر فيها الغنائم ويفضلونها على جهة لا غنيمة فيها ، هم من المجاهدين في سبيل الله ، ولا يخرجهم ذلك عن كونهم مجاهدين ، فالعدل أن يقال : " إذا كان الباعث الأصلي والمزعج القوي هو إعلاء كلمة الله تعالى ، وإنما الرغبة في الغنيمة على سبيل التبعية ، فلا يحبط به الثواب ، نعم لا يساوي ثوابه ثواب من لا يلتفت قلبه إلى الغنيمة أصلاً ، فإن هذا الالتفات نقصان لا محالة " [2].

ثم افترض – أي الغزالي – رحمه الله من يجيبه بأن الآيات والأخبار تدل على أن شوب الرياء محبط للثواب ، وفي معناه شوب طلب الغنيمة والتجارة وسائر الحظوظ . من مثل قوله تعالى : ((**فَمَن كَانَ يَرْجُو لِقَاءَ رَبِّهِ فَلْيَعْمَلْ عَمَلاً صَالِحاً وَلَا يُشْرِكْ بِعِبَادَةِ رَبِّهِ أَحَدًا**)) [الكهف / ١١٠] . وحديث الثلاثة الذين هم أول من تسعر بهم النار يوم القيامة [3]

---

(١) – الحديث بتمامه : " اتق الله حيثما كنت ، وأتبع السيئة الحسنة تمحها ، وخالق الناس بخلق حسن " رواه الترمذي من حديث أبي ذر رضي الله عنه في كتاب البر والصلة ، باب : ما جاء في معاشرة الناس حديث رقم (١٩٨٨) وقال : حديث حسن صحيح ، ورواه الإمام أحمد في المسند رقم (٢١٦٨١) و (٢١٧٣٢) و(٢١٨٦٨) .

(٢) – إحياء علوم الدين ٦٢/١٠ (بيان حكم العمل المشوب واستحقاق الثواب به) .

(٣) – الحديث رواه مسلم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه في كتاب الإمارة ، باب : من قاتل للرياء والسمعة استحق النار رقم (١٩٠٥) أن النبي ﷺ قال : " إن أول الناس يقضي يوم القيامة عليه رجل استشهد فأتي به ، فعرفه نعمه فعرفها ، قال : فما عملت فيها ؟ قال : قاتلت فيك حتى استشهدت قال: كذبت ، ولكنك قاتلت لأن يقال : جريء ، فقد قيل ، ثم أمر به فسحب على وجهه حتى ألقي في النار ، ورجل تعلم العلم وعلمه وقرأ القرآن فأتي به فعرفه نعمه فعرفها ، قال : فما عملت فيها ؟ قال : تعلمت العلم وعلمته وقرأت فيك القرآن ، قال : كذبت ، تعلمت ليقال : عالم ، وقرأت القرآن ليقال : هو قارئ ، فقد قيل ، ثم أمر به فسحب على وجهه حتى ألقي في النار ، ورجل وسع الله عليه ، وأعطاه من أصناف المال كله ، فأتي به فعرفه نعمه فعرفها ، قال : فما عملت فيها ؟ قال : ما تركت من سبيل تحب أن ينفق فيها إلا أنفقت فيها لك ، قال : كذبت ، ولكن فعلت ليقال : هو جواد ، فقد قيل ، ثم أمر به فسحب على وجهه ثم ألقي في النار ". وما هذا العذاب والوعيد الذي يتطاير شرره إلا لأن الإسلام يهتم بالباعث على العمل أكثر من العمل نفسه .

والأحاديث : التي يعد الرسول ﷺ الرياء فيها شركاً [1]، والتي يتبرأ الله فيها يوم القيامة من المرائي ويقول : أنا أغنى الأغنياء عن الشرك [2] ، والحديث الذي يحصر الرسول ﷺ فيه الجهاد فيمن قاتل لتكون كلمة الله هي العليا [3].

فيعقب عليها قائلاً : "هذه الأحاديث لا تناقض ما ذكرناه بل المراد بها من لم يرد بذلك إلا الدنيا ، كقوله : " في من هاجر يبتغي شيئاً من الدنيا " [4] وكان ذلك هو الأغلب على همه . . . ، وأما لفظ الشركة حيث ورد فمطلق للتساوي ، وقد بينا أنه إذا تساوى القصدان تقاوما و لم يكن له ولا عليه ، فلا ينبغي أن يرجى عليه ثواب ، ثم إن الإنسان عند الشركة أبداً في خطر ، فإنه لا يدري أي الأمرين أغلب على قصده ، فربما يكون عليه وبالاً "[5] .

---

[1] - من مثل حديث عمر رضي الله عنه أنه خرج إلى مسجد رسول الله ﷺ فإذا هو بمعاذ بن جبل رضي الله عنه عند قبر رسول الله ﷺ يبكي فقال : ما يبكيك يا معاذ ؟ قال : يبكيني شيء سمعته من صاحب هذا القبر ، قال : وما سمعته قال : سمعته يقول : " إن اليسير من الرياء شرك ، وإن من عادى ولي الله فقد بارز الله تعالى بالمحاربة ، وإن الله يحب الأتقياء الأخفياء الذين إن غابوا لم يفتقدوا وإن حضروا لم يدعوا و لم يعرفوا قلوبهم مصابيح الهدى يخرجون من كل غبراء مظلمة " رواه الطبراني في المعجم الكبير ١٥٣/٢٠- ١٥٤ دار إحياء التراث العربي ط/٢ ، والحاكم في المستدرك واللفظ له ،وقال : صحيح الإسناد ، وتابعه الذهبي ٣٢٨/٤ . قال العراقي : بل هو ضعيف الإسناد ، فيه عيسى بن عبد الرحمن وهو الزرقي متروك . انظر : تخريج أحاديث إحياء علوم الدين ، للعراقي، وابن السبكي ، والزبيدي ، استخراج محمود الحداد ١٩٦٤/٥ حديث رقم (٣٠٩٩) دار العاصمة ط ١٩٨٧/١ الرياض .

[2] - روى مسلم في صحيحه في كتاب الزهد والرقائق ، باب : من أشرك في عمله غير الله (وفي نسخة : باب تحريم الرياء) حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : " قال الله تبارك وتعالى : أنا أغنى الشركاء عن الشرك من عمل عملاً أشرك فيه معي غيري ، تركته وشركه " حديث رقم (٢٩٨٥) .

[3] - هو حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه قال : جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال : الرجل يقاتل للمغنم، والرجل يقاتل للذكر ، والرجل يقاتل ليرى مكانه ، فمن في سبيل الله ؟ قال : " من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا فهو في سبيل الله " متفق عليه ، أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الجهاد ، باب : من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا،رقم (٢٨١٠)،وفي كتاب العلم ، باب : من سأل وهو قائم عالماً جالساً،رقم (١٢٣) ، وفي كتاب الخمس ، باب : من قاتل للمغنم هل ينقص أجره،رقم (٣١٢٦) ، وفي كتاب التوحيد باب : ولقد سبقت كلمتنا لعبادنا المرسلين،رقم (٧٤٥٨)، وأخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الإمارة ، باب : من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا فهو في سبيل الله رقم (١٩٠٤) .

[4] - هو حديث ابن مسعود ، رواه الطبراني بإسناد جيد في المعجم الكبير رقم (٨٥٤٠) دار إحياء التراث العربي ط/٢ ، وقال في مجمع الزوائد ومنبع الفوائد : " ورجاله رجال الصحيح " ١٠١/١،مكتبة القدسي ط/١٣٥٢ القاهرة .

[5] - إحياء علوم الدين ٦٣/١٠(بيان حكم العمل المشوب واستحقاق الثواب به) .

ومن تابع الغزاليّ رحمه الله في مذهبه بالنظر إلى قدر قوة الباعث الصنعانيّ رحمه الله في سبل السلام [١].

• **تعقيب** : من يمعن النظر في مذهب الغزالي ، رحمه الله الذي ينظر إلى قدر قوة الباعث يجد أنه رحمه الله لم يبين أن الحكم خاص فيما إذا كان الباعث الثاني هو الرياء أم نية غير الرياء، كحظوظ النفس من مثل أخذ شيء من الغنيمة أو التجارة ، لأنه تكلم عن الرياء أولاً ثم أتى بشواهد على كلامه تتعلق بحظوظ النفس ، والواقع أن بينهما فرقاً كبيراً .

فإذا كان الباعث الثاني هو " الرياء " فإنه مفسد للإخلاص ومحبط للعمل ومبطل له وإن كان قليلاً ،وقد دلت النصوص على أن الأعمال لا تقبل ما لم تكن خالصة يُبْتَغى بها اللهُ وحدَه . قال ﷺ : " لا يقبل الله عملاً فيه مثقال حبة من خردل من رياء [٢] . وقال ابن رجب رحمه الله : " وممن روي عنه هذا المعنى أن العمل إذا خالطه شيء من الرياء كان باطلاً طائفة من السلف منهم : عبادة بن الصامت وأبو الدرداء والحسن وسعيد بن المسيب ، وغيرهم ... ولا نعرف عن السلف في هذا خلافاً ، وإن كان فيه خلاف عن بعض المتأخرين [٣]" وأدنى الرياء شرك والمشرك لا يقبل عمله .

أما إذا كان الباعث الثاني هو من حظوظ النفس : من مثل أخذ شيء من الغنيمة أو أخذ أجرة أو التجارة ، فهذا كله ينقص أجر العمل ولا يبطله بالكلية[٤]. ولا يخرج بالعمل عن كونه إخلاصاً . ودليل ذلك قول النبي ﷺ : " ما من غازية تغزو في سبيل الله فيصيبون الغنيمة ، إلا تعجلوا ثلثي أجرهم من الآخرة ، ويبقى لهم الثلث ، وإن لم يصيبوا غنيمة تم لهم أجرهم "[٥].

وكذلك ما رواه الإمام أحمد عن أبي أمامة التيمي قال: " قلت لابن عمر : إنّا نكري – أي الدواب للحجاج – فهل لنا من حج ؟ ! قال : أليس تطوفون بالبيت ، وتأتون المعَرَّف [٦]

---

[١] – سبل السلام شرح بلوغ المرام ٣٥٦/٤ دار الكتاب العربي ط ١٩٩٨/١١ .

[٢] – حديث مرسل رواه أبو نُعيم في حلية الأولياء ٢٤٠/٨ عن يوسف بن أسباط قوله ، دار الكتاب العربي .

[٣] – جامع العلوم والحكم ٨١/١ . وقال د . يوسف القرضاوي في كتابه :" تيسير فقه السلوك في ضوء القرآن والسنة " بعد ذكر قول ابن رجب : " لعله يقصد الغزالي " / ٦٤ مكتبة وهبة ط ١ /١٩٩٥ القاهرة .

[٤] – جامع العلوم والحكم ٨١/١– ٨٢ .

[٥] الحديث أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الإمارة ، باب : بيان قدر ثواب من غزا فغنم ومن لم يغنم رقم (١٩٠٦)

[٦] – المعَرَّف : في الأصل ، موضع التعريف ، ويراد به الوقوف بعرفة ، النهاية في غريب الحديث ٢١٨/٣ .

وترمون بالجمار ، وتحلقون رؤوسكم ؟ قال: قلنا:بلى ، فقال ابن عمر : جاء رجل إلى النبي ﷺ فسأله عن الذي سألتني ،فلم يجبه حتى نزل عليه جبريل عليه السلام بهذه الآية :((لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا فَضْلاً مِّن رَّبِّكُمْ))[البقرة/ ١٩٨] فدعاه النبي ﷺ فقال:أنتم حجاج"[١].

وقد روي عن مجاهد أنه قال في حج الجمَّال وحج الأجير وحج التاجر : " هو تـــام لا ينقص من أجورهم شيء " وهذا محمول على أن قصـــدهم الأصلي كان هـــو الحـــج ، دون التكسب [٢].

فسواء نقص الأجر أم لا لا إثم على من طلب الرزق الحلال أثناء الحج من طريق البيع والشراء والكراء إذا لم يكن هو المقصود الأساسي بالذات ، و القصد إلى ذلك لا يكون شركاً، ولا يخرج به المكلف عن شرط الإخلاص المفترض عليه ، لأن البيع والشراء والكـــراء مـــع حسن المقصد عبادة أيضاً ، لكن الحج دون ذلك أفضل ، لبعده عن شوائب الدنيا وتعلق القلب بغيره [٣].

فهذا يقال عنه تشريك في الإرادة أو تشريك في العبادة وليس شركاً . من ذلك يُتَعَقَّـــبُ على الغزالي رحمه الله في استدلاله بالإجماع على صحة الحج ممن قصد التجارة في حجه مـــع أن حجه قد امتزج به حظ من حظوظ النفس لتأكيد مذهبه ، في أنه إذا امـــتزج الريـــاء المحـــض بالإخلاص المحض فلا بد وأن يتدافعا بالضرورة ، أي يتساقطا فلا له ولا عليه [٤] . والله اعلم.

قال القرافي رحمه الله في " الفرق الثاني والعشرين والمائة بين قاعدة الرياء في العبـــادات وبين قاعدة التشريك في العبادات : " اعلم أن الرياء في العبادات شرك وتشريك مع الله تعـــالى في طاعته ، وهو موجب للمعصية والإثم والبطلان في تلك العبادة كما نص عليه الإمـــام المحاســـبي وغيره ، ويعضده ما في الحديث الصحيح ،أخرجه مسلم وغيره أن الله تعالى يقول : " أنـــا أغـــنى الشركاء عن الشرك فمن عمل عملاً أشرك فيه غيري تركته له أو تركته لشريكي [٥] " . فهذا

---

[١] – المسند للإمام أحمد حديث رقم (٦٤٣٤) واللفظ له . وأخرجه أيضاً ، أبو داود في سننه بسند آخر ، في كتـــاب المناسك ، باب : الكَرِيّ حديث رقم (١٧٣٣) .

[٢] – جامع العلوم والحكم ٨٢/١ .

[٣] – انظر : التفسير المنير ، أ.د . وهبة الزحيلي ٢١٩/٢ – ٢٢٠ دار الفكر ط١٩٩١/١ دمشق .

[٤] – بعد كتابة ما تقدم وجدت د . عمر سليمان الأشقر في كتابه" مقاصد المكلفين" قد تعقب الغزالي أيضاً ، وذكـر أن سبب خطئه راجع إلى عدم التفريق بين الرياء والتشريك في العبادة الذي أثبته القرافي في الفروق .

[٥] – الحديث أخرجه مسلم . سبق تخريجه انظر : حاشية رقم (٢) ص / ٦٤ .

ظاهر في عدم الاعتداد بذلك العمل عند الله تعالى ، وكذلك قوله تعالى : ((وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ)) [البينة /٥] يدل على أن غير المخلصين لله تعالى ليسوا مأمورين به ، وما هو غير مأمور به لا يجزي عن المأمور به ، فلا يعتد بهذه العبادة وهو المطلوب ، وتحقيق هذه القاعدة وسرها وضابطها أن يعمل العمل المأمور به والمتقرب به إلى الله تعالى ويقصد به وجه الله تعالى ، وأن يعظمه الناس أو يعظم في قلوبهم فيصل إليه نفعهم ، أو يندفع عنه ضررهم، فهذا هو قاعدة أحد قسمي الرياء .

والقسم الآخر : أن يعمل العمل لا يريد به وجه الله تعالى البتة ، بل الناس فقط ، ويسمى هذا القسم رياء الإخلاص ، والقسم الآخر يسمى رياء الشرك ، لأن هذا لا تشريك فيه ، بل هو خالص للخلق ، والأول للخلق ولله تعالى .

وأغراض الرياء ثلاثة : التعظيم ، وجلب المصالح الدنيوية ، ودفع المضارّ الدنيوية ، والأخيران يتفرعان عن الأول ، فإنه إذا عظم جُلبت إليه المصالح ودُفِعت عنه المفاسد ، فهذا هو الغرض الكلي في الحقيقة ، وتلك هي قاعدة الرياء المبطلة للأعمال المحرمة بالإجماع ، وأما مطلق التشريك فهوكمن جاهد ليحصّل طاعة الله بالجهاد ، وليحصّل المال من الغنيمة ، فهذا لا يضُرّه ولا يحرم عليه بالإجماع ، لأن الله تعالى جعل له هذا في هذه العبادة ، وفرّقَ بين جهاد المرء ليقول الناس إنه شجاع ، أو ليعظمه الإمام فيكثر عطاؤه من بيت المال ، فهذا ونحوه رياء حرام ، وبين أن يجاهد ليحصّل السبايا والكراع[1] والسلاح من جهة أموال العدو ، فهذا لا يضره مع أنه قد شرك ، ولا يقال لهذا رياء فسبب الرياء أن يعمل ليراه غير الله تعالى من خلقه ، والرؤية لا تصح إلا من الخلق ، فمن لا يرى ولا يبصر لا يقال في العمل بالنسبة إليه رياء .

والمال المأخوذ في الغنيمة ونحوه لا يقال إنه يرى أو يبصر فلا يصدق على هذه الأغراض لفظ الرياء لعدم الرؤية فيها ، وكذلك من حج وشرك في حجه غرض المتجر بأن يكون جلّ مقصوده أو كله السفر للتجارة خاصة ويكون الحج إما مقصوداً مع ذلك أو غير مقصود ، ويقع تابعاً اتفاقاً ، فهذا أيضاً يقدح في صحة الحج ولا يوجب إثماً ولا معصية ، وكذلك من صام ليصح جسده أو ليحصل له زوال مرض من الأمراض التي ينافيها الصيام ، ويكون التداوي هو مقصوده أو بعض مقصوده والصوم مقصود مع ذلك ، وأوقع الصوم مع هذه المقاصد لا تقدح

(١) – الكراع : اسم يجمع الخيل ،والكراع:السلاح ، وقيل : هذا اسم يجمع الخيل والسلاح ، لسان العرب مادة كرع .

هذه المقاصد في صومه ، بل أمر بها صاحب الشرع في قوله ﷺ : ((يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم ، فإنه له وجاء)) [1] أي قاطع، فأمر بالصوم لهذا الغرض ، فلو كان ذلك قادحاً لم يأمر به عليه الصلاة والسلام في العبادات وما معها ، ومن ذلك أن يجدد وضوءه ليحصل له التبرد أو التنظيف ، وجميع هذه الأغراض لا يدخل فيها تعظيم الخلق ، بل هي تشريك أمور من مصالح ليس لها إدراك ، ولا تصلح للإدراك ولا للتعظيم ، فلا تقدح في العبادات ، فظهر الفرق بين قاعدة الرياء في العبادات وبين قاعدة التشريك في العبادات غرضاً آخر غير الخلق مع أن الجميع تشريك . نعم لا يمنع أن هذه الأغراض المخالطة للعبادة قد تنقص الأجر وأن العبادة إذا تجردت عنها زاد الأجر وعظم الثواب أما الإثم والبطلان فلا سبيل إليه ، ومن جهته حصل الفرق لا من جهة كثرة الثواب وقلته "[2].

وقد سبق القرافيَّ رحمه الله إلى بيان الفرق العزُّ بن عبد السلام رحمه الله ، إذ عقد فصلاً في بيان " أن الإعانة على الأديان وطاعة الرحمن ليست شركاً في عبادة الديان وطاعة الرحمن ، فقال : " إن قيل : هل يكون انتظار الإمام المسبوقَ ليدركه في الركوع إشراكاً في العبادة أم لا ؟ قلت : قد ظن بعض العلماء ذلك ، وليس كما ظن بل هو جمع بين قربتين ، لما فيه من الإعانة على إدراك الركوع ، وهو قربة أخرى ، والإعانة على الطاعات والقربات من أفضل الوسائل عند الله عز وجل .

وليس لأحد أن يقول إن هذا شرك في العبادة بين الخالق والمخلوق ، فإن الإعانة على الخير والطاعة لو كانت رياء أو شركاً لكان تبليغ الرسالة وتعليم العلم والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر رياء وشركاً ، وهذا ما لا يقوله أحد ، لأن الرياء والشرك يتمثلان في أن يقصد بإظهار عمله ما لا قربة فيه إلى الله عز وجل من نيل أغراض نفسه الدنية ، وهذا قد أعان على القرب إلى الله سبحانه ، وأرشد عباده إليه ، ولو كان هذا شركاً لكان الأذان وتعليم القرآن شركاً .

---

[1] - الحديث صحيح متفق عليه أخرجه البخاري في كتاب النكاح ، باب : من استطاع الباءة فليتزوج .. رقم (٥٠٦٥) وباب: من لم يستطع الباءة فليصم رقم (٥٠٦٦) وفي كتاب الصوم ، باب : الصوم لمن خاف على نفسه العزبة رقم (١٩٠٥) وفي رواية : فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج " . وأخرجه مسلم في كتاب النكاح ، باب : استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه حديث رقم (١٤٠٠) .

[2] - الفروق ، للقرافي الفرق (١٢٢) .

وقد جاء في الحديث الصحيح : أن رجلاً صلى منفرداً فقال عليه الصلاة والسلام : " من يتّجر على هذا " [1] وروي " من يتصدق على هذا " ، فقام رجل فصلى وراءه ليفيد فضيلة الاقتداء ، ولم يجعله عليه الصلاة والسلام رياء ولا شركاً ، لما فيه من إفادة الجماعة المقرّبة إلى الله عز وجل .

فإذا أحس الإمام بداخل وهو راكع فالمستحب أن ينتظره لينيله فضيلة إدراك الركوع ، ولا يكون ذلك شركاً ولا رياء ، لأن رسول الله ﷺ جعل مثله صدقة واتجاراً ، وأمر به في جميع الصلاة ، فكيف يكون رياء وشركاً ، وهذا شأنه في الشريعة ! ولا وجه لكراهة ذلك ، ومن أبطل الصلاة به فقد أبعد غاية الإبعاد . وليت شعري ماذا يقول في الانتظار المشروع في صلاة الخوف ، هل كان شركاً ورياء ، أم عملاً صالحاً لله عز وجل؟"[2].

ومما يؤكد قول القرافي والعز بن عبد السلام رحمهما الله ، ويزيده وضوحاً أحاديث رويت عن النبي ﷺ منها : - ما رواه قتادة عن أنس بن مالك حدثه أن النبي ﷺ قال : "إني لأدخل في الصلاة وأنا أريد إطالتها ، فأسمع بكاء الصبي فأتجوز في صلاتي مما أعلم من شدة وجد أمه من بكائه " [3].

فكان ﷺ يقصر الصلاة إذا سمع بكاء صبي مع عزمه في أولها على التطويل . قال ابن حجر رحمه الله في " فتح الباري " : " قال ابن بطال : احتج به من قال يجوز للإمام إطالة الركوع إذا سمع بحس داخل ليدركه ... وقد سبقه إليه الخطابي[4] .

---

[1] - الحديث أخرجه أبو داود في سننه ، من حديث أبي سعيد الخدري بلفظ " ألا رجل يتصدق على هذا فيصلي معه " في كتاب الصلاة ، باب في الجمع في المسجد مرتين رقم (٥٧٤) ، ورواه الحاكم في المستدرك ، في كتاب الصلاة ، باب : إقامة الجماعة في المسجد مرتين ٢٠٩/١ وقال : حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ، وفي سنده ، سليمان الأسود ، وهو ابن سخيم ، وقد احتج به مسلم ، وتابعه على ذلك الذهبي . وأخرجه الترمذي بلفظ " أيكم يتّجر على هذا " في كتاب الصلاة ، باب : ما جاء في الجماعة في مسجد قد صلي فيه مرة رقم (٢٢٠) وقال أبو عيسى : وحديث أبي سعيد حديث حسن .

[2] - قواعد الأحكام ، للعز بن عبد السلام ٢١٣/١ .

[3] - الحديث صحيح متفق عليه ، أخرجه البخاري في صحيحه ، في كتاب الأذان ، باب : من أخف الصلاة عند بكاء الصبي ، رقم (٧٠٩) و (٧١٠) ، ومسلم في صحيحه في كتاب الصلاة ، باب : أمر الأئمة بتخفيف الصلاة في تمام، رقم (٤٧٠) .

[4] - فتح الباري ٢٣٧/٢ ، معالم السنن للخطابي المطبوع مع سنن أبي داود ٣٥/١ حاشية (٣) دار ابن حزم ط١/١٩٩٧ ، بيروت .

- وحديث أبي قلابة قال : " جاءنا مالك بن الحويرث في مسجدنا هذا فقال : إني لأصلي بكم وما أريد الصلاة ، أصلي كيف رأيت النبي ﷺ يصلي "[1]. فبيّن مالك بن الحويرث السبب الباعث له على الصلاة وهو قصد التعليم . قال ابن حجر رحمه الله : قوله : " إني لأصلي بكم وما أريد الصلاة " استشكل نفي هذه الإرادة لما يلزم عليها من وجود صلاة غير قربة ومثلها لا يصح ، وأجيب بأنه لم يرد نفي القربة ، وإنما أراد بيان السبب الباعث له على الصلاة في غير وقت صلاة معينة جماعة ، وكأنه قال : ليس الباعث لي على هذا الفعل حضور صلاة معينة في أداء أو إعادة أو غير ذلك ، وإنما الباعث لي عليه قصد التعليم . وكأنه كان تعين عليه حينئذ لأنه أحد من خوطب بقوله : " صلوا كما رأيتموني أصلي ".[2]... ورأى أن التعليم بالفعل أوضح من القول ، ففيه دليل على جواز مثل ذلك وأنه ليس من باب التشريك في العبادة [3].

- **الفرع الثالث : أنواع البواعث**

للتصرف أو الفعل هدف مباشر وآخر غير مباشر، أو سلسلة لا تنتهي من الأهداف وبواعث تحرك الإرادة لتحقيق هذه الأهداف .

أما البواعث التي تتمثل في تحقيق الهدف المباشر من التصرف فتسمى عادة عند رجال القانون " السبب " وهي داخلة في التصرف ومؤسسة له ، وغير متغيرة بالنسبة لصنف معين من

---

[1] - أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الأذان ، باب : من صلى بالناس وهو لا يريد إلا أن يعلمهم صلاة النبي صلى الله عليه وسلم وسننه رقم (٦٧٧) .

[2] - أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الأذان ، باب : الأذان للمسافرين إذا كانوا جماعة والإقامة ... رقم (٦٣١) وهو جزء من حديث طويل لمالك بن حويرث : قال : " أتينا إلى النبي ﷺ ونحن شببة متقاربون فأقمنا عنده عشرين يوماً وليلة ، وكان رسول الله ﷺ رحيماً رفيقاً ، فلما ظن أنّا قد اشتهينا أهلنا - أو قد اشتقنا -سألنا عمن تركنا بعدنا ، فأخبرناه ، قال : " ارجعوا إلى أهليكم ، فأقيموا فيهم وعلموهم ، ومروهم - وذكر أشياء أحفظها أولا أحفظها - وصلوا كما رأيتموني أصلي ، فإذا حضرت الصلاة فليؤذن لكم أحدكم وليؤمكم أكبركم " وأصل الحديث في مسلم كتاب المساجد ، باب : من أحق بالإمامة رقم (٦٧٤) ورواه البخاري في الأدب المفرد ، باب : الرجل راع في أهله ، رقم (٢١٣) عالم الكتب ط١/١٩٨٤ .

[3] - فتح الباري ١٩٢/٢ وهذه من الصور التي ذكرها السيوطي في من نوى مع العبادة المفروضة عبادة أخرى مندوبة أنه لا يقتضي البطلان ويحصلان معاً .الأشباه والنظائر ٦٩- ٧٠ .

التصرفات . وفي الحقيقة هذه البواعث ليست بواعث بالمعنى الحقيقي ، لأنها لا يمكن أن تنفصل عن النية – القصد – بل هي النية ذاتها ، فنية البائع تتمثل في الحصول على الثمن ، ونية المشتري تتمثل في الحصول على المبيع ، لذلك لا تسمى عند الفقهاء " بالباعث " وإنما تسمى "النية " أو " القصد " وبعضهم يسمي هذا النوع " السبب الفني "(١) .

والنوع الآخر من البواعث يتمثل في تحقيق الهدف البعيد من التصرف ، وهي عكس سابقتها ليست عنصراً في التصرف ، بل هي خارجة عنه ، وهي فردية شخصية تختلف من شخص إلى آخر ، وفي النوع الواحد من التصرفات ، والتصرف بدونها يكون مستوفياً لكل أركانه وعناصره المكونة له ، إلا أنه يكون ظاهرة منعزلة عن كل غاية وليس له أي قيمة ، ولكي يكون لهذا التصرف معنى أو غاية لا بد من وضعه في بيئة أخلاقية ، أي لا بد من البحث عن البواعث الذاتية التي تعبر عنه ، والتي وضعت لأجله ، فبمعرفة الباعث نستطيع أن نحكم على التصرف إن كان موافقاً أو مخالفاً لقواعد الأخلاق ، وبعضهم يسمي هذا النوع " السبب المصلحي ".

وهذا النوع يتفرع إلى فرعين : الأول : ينص على الماضي ، وهو ذو طابع سلبي ، وهو العملية التي تسبق التصرف ، كمن يقترض المال لأن موارده المالية قد نفدت ، فتفهم من ذلك الظروف التي انطلقت منها الإرادة ، ولكن الهدف الذي يسعى إليه يبقى مجهولاً (٢) ، ولمعرفة هذا الهدف لابد من الاتجاه إلى بواعث أخرى .

الثاني : يتجه نحو المستقبل ، وهو يكشف هدف الفعل ، كمن يقترض لتنمية تجارته أو لبناء مترل أو للعب القمار ، فيفهم من باعثه الهدف أو الغاية التي يسعى إليها من وراء هذه العملية (٣).

● **تعقيب :**

أرى أنه لا داعي لهذا التصنيف لأنواع البواعث .

فالنوع الأول لا يعتبر باعثاً إنما يراد به القصد والنية وهو الغرض المباشر من التصرف ، أما الباعث فهو الغرض البعيد ، وسبق بيان العلاقة بين الباعث والنية – التي هي القصد –

---

(١) – انظر : النظرية العامة للالتزام د . عبد الحي حجازي ٣٧٣/١ ، ٤١٧/١ وما بعدهما .

(٢) – في الحقيقة الهدف لا يبقى مجهولاً وإنما هو الرغبة في تعويض الخسارة بعد نفاد الموارد المالية .

(٣) – نظرية الباعث ، حليمة آيت حمودي / ١٥– ١٦– ١٧– وانظر : حاشية رقم (١) من الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية ، د . علي حسن الشرفي /٤٢ نقلا عن " جوسران " أحد شراح القانون الفرنسي .

فالباعث هو النية البعيدة أو النية وراء النية ، أو الرغبة في تحقيق الهدف البعيد ، أما القصد فهو لتحقيق الغرض والهدف القريب .

أما تفريع النوع الثاني إلى فرعين : باعث ينص على الماضي وآخر يتجه نحو المستقبل فهو تفريع خطأ ولا حاجة له ، لأن البواعث هي مبدأ الأفعال ودائماً تكون المحركة للإرادة ودائماً هي العملية التي تسبق التصرف .

فمن يقترض المال بسبب نفاد موارده المالية كمن يقترض المال لتنمية تجارته ، كلاهما قد تصور الغاية وأدركها وتعلق بها عاطفياً ووجد أن في تحقيقها تحقيقاً لسعادة مرجوة فأقبل على الفعل والأمر سيان .

فالباعث الحقيقي هو النوع الثاني من التصنيف السابق ، فهو الذي يمثل الإرادة الحقيقية للفاعل وبالكشف عنه ومعرفته يمكن الحكم على التصرف إن كان مشروعاً صالحاً أم لا .

وبدلاً من التصنيف السابق لأنواع البواعث أقول : إن البواعث كثيرة ومتنوعة : منها المادي والمعنوي ، ومنها الدنيوي والأخروي ، ومنها التافه والحقير والعظيم والخطير ، ومنها ما يتعلق بشهوة البطن والجنس وما يتصل بلذة العقل والروح ، ومنها المحظور والمباح ، ومنها المستحب والواجب ، ومنها الفردي والاجتماعي ، ومنها الإيجابي والسلبي [1].

وبإمعان النظر في كل هذه البواعث أرى أن الذي يجمع عقد متفرقاتها هو نوعان فقط: باعث الدين والمصلحة المشروعة ، وباعث الهوى والمصلحة غير المشروعة ، وفيما يلي كلام مختصر عنهما :

أولاً : باعث الدين : "الإخلاص "

الإخلاص : عمل من أعمال القلوب ، بل هو في مقدمة الأعمال القلبية ، لأن قبول الأعمال لا يتم إلا به . والمقصود بالإخلاص : إرادة وجه الله تعالى بالعمل وتصفيته من كل شائبة ، فلا ينبعث للعمل إلا لله تعالى والدار الآخرة ، ولا يمازج عمله ما يشوبه من الرغبات العاجلة للنفس ، الظاهرة أو الخفية ، من إرادة مغنم أو شهوة أو منصب أو مال أو شهرة أو مترلة في قلوب الخلق أو طلب مدحهم أو الهرب من ذمهم أو شفاء لحقد كامن أو استجابة لحسد خفي ، أو لغير ذلك من العلل والأهواء والشوائب .

---

(1) - البواعث الإيجابية : ما تجذب الفرد إليها كوجود جائزة ، أما السلبية : فهي ما تحمل الفرد على تجنبها والابتعاد عن عواقبها . انظر : علم النفس المعاصر ، حلمي المليجي /١٢٠ .

وتعريفـــات العلماء للإخلاص متقاربة ، مدارها وأساسها على " قصد الله بالعبـــادة دون سواه "[١] ، عمـــلاً بقـــوله تعـــالى : ((**وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَـاءَ**)) [البينة /٥] .

وما على الإنسان لكي يكون مخلصاً لله إلا أن يحلل بواعثه ونواياه بصدق ، ولا يكـــذب على نفسه ولا على ربه ، وأن يتعرف حقيقة الإخلاص وكيفية العمل به ، وهناك أمور تعينه على إخلاص النية والعمل لله تعالى ، فإذا توافرت كانت جديرة أن تؤثر في عقله وضميره ووجدانه ، وتدفعه إلى الأمام في طريق المخلصين ، وتساعده على تحرير نفسه ، وتنقية دواعيه وبواعثه مـــن الشوائب الذاتية والدنيوية .

وأول هذه المعينات : أن يعـــلم علماً يستيقنه في أعماقه بأهمية الإخـــلاص وضرورتـــه الدينية ، وثمراته في الدنيا والآخرة ، وأن الله تعالى لا يقبل عملاً إلا بإخلاص مهما تكن صورتـــه وأنه تعالى مطلع على ما في قلبه ، فهو يعلم السر وأخفى ، ولا تخفى عليه خافية كما قـــال الله تعالى على لسان إبراهيم عليه السلام : ((**رَبَّنَا إِنَّكَ تَعْلَمُ مَا نُخْفِي وَمَا نُعْلِنُ وَمَا يَخْفَى عَلَى اللهِ مِن شَيْءٍ فِي الأَرْضِ وَلَا فِي السَّمَاءِ**)) [إبراهيم /٣٨] .

هذا العلم هو أحد العناصر المكونة للإخلاص وهو أولها ، إذ الإخلاص مكون من ثلاثـــة عناصر :

١- عنصر معرفي إدراكي .
٢- عنصر وجداني انفعالي .
٣- عنصر عملي إرادي.

فالعلم هو الذي يسبق في الوجود ، ولا يمكن أن يتوجه الإنسان إلى شيء لا يدركه ولا يعلمه بوجه من الوجوه ، وإنما يأتي التوجه الوجداني – المحبة والرغبة أو البغض والرهبة – نتيجـــة للمعرفة والإدراك . وكلما قويت المعرفة ورسخ العلم حتى يصل إلى درجة اليقين كان تأثـــيره في الوجدان أقوى وأعمق ، فالمرء يعرف أولاً ، فيتأثر ثانياً ، فيتحرك ثالثاً . وهذا ما أشار إليـــه القرآن الكريم في قوله : ((**وَلِيَعْلَمَ الَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ أَنَّهُ الْحَقُّ مِن رَّبِّكَ فَيُؤْمِنُوا بِهِ فَتُخْبِتَ**[٢] **لَـهُ**

---

[١] – إحياء علوم الدين ، الغزالي ١٠/٥٠ (بيان حقيقة الإخلاص)،القواعد الكبرى ، للعز بن عبد السلام ٢٠٥/١ (فصل في بيان الإخلاص في العبادات وأنواع الطاعات) ، وانظر التعريفات للجرجاني /١٤/١٣ .

[٢]- تخبت : أي تطمئن وتنقاد وتخضع وتخشع .

قُلُوبُهُم وَإِنَّ اللهَ لَهَادِ الَّذِينَ آمَنُوا إِلَى صِرَاطٍ مُّسْتَقِيمٍ)) [الحج /٥٤] . كان العطف هنا بحرف " الفاء " للدلالة على الترتيب والتعقيب ، فهؤلاء الذين أوتوا العلم يعلمون أن القرآن هو الحق من عند الله ، فيترتب على هذا العلم الإيمان به ، ويترتب على هذا الإيمان : حركة قلوبهم بالإخبات والخشوع لله تعالى [١].

ثانياً : باعث الهوى

مما يضاد الإخلاص وينافيه الهوى وهو عميق الجذور في النفس الإنسانية ، وأكثر الناس تحركهم أهواؤهم ، فيكون الهوى هو الدافع والباعث على العمل ، وفي ذات الوقت هو الغاية التي يسعى صاحب الهوى إلى تحقيقها وبذلك يكون الهوى هو الإله الذي يعبده قال تعالى : ((أَفَرَأَيْتَ مَنِ اتَّخَذَ إِلَهَهُ هَوَاهُ وَأَضَلَّهُ اللهُ عَلَى عِلْمٍ)) [الجاثية /٢٣] .

ويُعرَّف الهوى بأنه : " ميلان النفس إلى ما تستلذه من الشهوات من غير داعية الشرع " [٢] .

واتباع الهوى والانقياد إلى طاعة الأغراض العاجلة والشهوات الزائلة مذموم من الله تعالى لما فيه مخالفة أمره والإعراض عن حكمه . وقد جعل الله اتباع الهوى مضاداً للحق وعده قسيماً له .كما في قوله تعالى : ((يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الهَوَى فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللهِ)) [ص /٢٦] . وقال تعالى : ((فَأَمَّا مَن طَغَى * وَآثَرَ الحَيَاةَ الدُّنْيَا * فَإِنَّ الجَحِيمَ هِيَ المَأْوَى * وَأَمَّا مَنْ خَافَ مَقَامَ رَبِّهِ وَنَهَى النَّفْسَ عَنِ الهَوَى* فَإِنَّ الجَنَّةَ هِيَ المَأْوَى)) [النازعات /٣٧-٤١] .

ومن مقاصد الشارع من وضع الشريعة إخراج المكلف عن داعية هواه حتى يكون عبداً لله اختياراً كما هو عبد لله اضطراراً [٣].

وقد دل على ذلك النصوص الصريحة الدالة على أن العباد خلقوا للتعبد والدخول تحت أمره ونهيه ، من مثل قوله تعالى : ((وَمَا خَلَقْتُ الجِنَّ والإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ)) [الذاريات /٥٦] .

---

(١) – النية والإخلاص ، د . يوسف القرضاوي /١١٤ .

(٢) – التعريفات للجرجاني /٢٥٧ .

(٣) – الموافقات للشاطبي ١٦٨/٢ (النوع الرابع من مقاصد الشارع) .

وكذلك ما علم بالتجارب والعادات من أن المصالح الدينية والدنيوية لا تحصل مع الاسترسال في اتباع الهوى والمشي مع الأغراض ، لما يلزم في ذلك من التهارج والتقاتل والهلاك الذي هو مضاد لتلك المصالح .

ثم إن اتباع الهوى في الأحكام الشرعية مظنة لأن يحتال بها على أغراضه ، فتصير كالآلة المعدة لاقتناص أغراضه ، كالمرائي يتخذ الأعمال الصالحة سلماً لما في أيدي الناس [1]. وإذا كان الرياء هو الباعث على العمل والحامل عليه حبط العمل ، وهو عمل ممقوت عند الله تعالى ويستحق فاعله العقاب [2] .

لذلك شدد الإسلام في طلب الإخلاص ، وأكد على تجريد النية لله وتصحيح الاتجاه إليه وحده . ولا يعد ذلك ضرباً من التزمت ، لأن الحياة نفسها لا تستقيم ولا ترتقي إلا بالمخلصين ، وأكثر ما يصيب الأمم والجماعات من النكبات والكوارث القاصمة إنما يجره عليها أناس لا يرجون الله والدار الآخرة ، أناس من عبيد الدنيا وعشاق الثروة ، لا يبالون في سبيل دنياهم وشهوات أنفسهم أن يدمروا دنيا الآخرين ودينهم معاً .

والمؤمن الحق هو الذي غلب باعث الدين في قلبه على باعث الهوى ، وانتصرت حوافز الآخرة لديه على حوافز الدينا ، وآثر ما عند الله تعالى على ما عند الناس ، فجعل نيته وقوله وعمله لله . وجعل صلاته ونسكه ومحياه ومماته لله رب العالمين . وهذا هو الإخلاص ، وهو ثمرة من ثمرات التوحيد الكامل لله تبارك وتعالى ، وبه يتخلص الإنسان من كل ألوان العبودية للدنيا التي استسلم لها الناس ويكون كما أمر الله رسوله : ((**قُلْ إِنَّ صَلَاتِي وَنُسُكِي وَمَحْيَايَ وَمَمَاتِي لِلهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ * لَا شَرِيكَ لَهُ وَبِذَلِكَ أُمِرْتُ وَأَنَا أَوَّلُ الْمُسْلِمِينَ**))[الأنعام ١٦٢-١٦٣] .

- **الأعمال بحسب صفتها والباعث عليها :**

أخيراً يمكن أن أجمل الأعمال بحسب صفتها والباعث عليها – أو مقاصدها – إلى ما يلي :

---

(١) – المرجع السابق ٢/١٧٠ (النوع الرابع من مقاصد الشارع) .

(٢) – كما مر ذكره في تعدد البواعث انظر : ص /٦١ .

أولاً : إذا كان العمل مشروعاً والباعث عليه مشروعاً فهو صحيح مثاب عليه ومحل اتفاق على أن الباعث مؤكد لنية الإخلاص .

ثانياً : إذا كان العمل غير مشروع ، وكان الباعث عليه أمراً غير مشروع أيضاً فالعمل حرام وباطل باتفاق .

ثالثاً : إذا كان العمل غير مشروع ، وكان الباعث عليه أمراً مشروعاً فالعمل حرام وباطل باتفاق ، لأن النية الحسنة لا تحل حراماً [1] ، والغاية لا تبرر الوسيلة ، إذ إن الأفعال هي المقاصد، والنيات وسائل، والوسائل أخفض رتبة من المقاصد [2]. كمن بنى مسجداً أو تصدق بمال حرام ، فهو آثم وعاص لايقبل عمله ولا يشفع له قصده ولا حسن نيته ، لحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ :" يا أيها الناس ! إن الله طيب [3] لا يقبل إلا طيباً [4] . وإن الله أمر المؤمنين بما أمر به المرسلين ، فقال : ((**يَا أَيُّهَا الرُّسُلُ كُلُوا مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَاعمَلُوا صَالِحاً إِنِّي بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ**)) [المؤمنون /٥١] . **وقال** : ((**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُلُوا مِن طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ**))[البقرة/١٧٢] ثم ذكر الرجل يطيل السفر [5] أشعث أغبر يمد يديه إلى السماء ، يا رب ! يا رب ! ومطعمه حرام ، ومشربه حرام ، وملبسه حرام ، وغذي بالحرام فأنَّى يستجاب لذلك ؟ " [6] فالمراد من الحديث أنه تعالى لا يقبل من الأعمال والأموال إلا ما كان طيباً طاهراً من المفسدات كلها كالرياء والعجب ، ولا من الأموال إلا ما كان طيباً حلالاً [7].

رابعاً : إذا كان العمل مشروعاً صالحاً ، وكان الباعث عليه أمراً غير مشروع فالعمل حرام باتفاق والعامل مُرَاءٍ ، إذ جعل طاعة الله سلماً للوصول إلى معصية ، فيرائي الناس ويظهر الورع حتى يتوصل إلى تحقيق مصالحه ، كمن يحضر الصلاة في المسجد ليراقب النساء

---

(١) – إلا في أمور معينة ورد بها الشرع لا يحل تجاوزها كالكذب في الإصلاح .

(٢) – الفروق ، للقرافي (الفرق الثامن والخمسون) .

(٣) – طيب ، أي منزه عن النقائص ، ومتصف بكل كمال .

(٤) – طيبا : أي طاهرا ، حلالا .

(٥) – يطيل السفر : أي يطيل السفر في وجوه الطاعات ، كحج وزيارة مستحبة ، وصلة رحم .

(٦) – أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الزكاة ، باب : قبول الصدقة من الكسب الطيب وتربيتها،رقم (١٠١٥) .

(٧) – جامع العلوم والحكم ٢٥٩/١ .

القادمات إليه ويوقعهن في شراكه ، فعمله رياء وشرك وينطبق عليه قوله تعالى : ((قُلْ إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ مِّثْلُكُمْ يُوحَى إِلَيَّ أَنَّمَا إِلَهُكُمْ إِلَهٌ وَاحِدٌ فَمَن كَانَ يَرْجُو لِقَاءَ رَبِّهِ فَلْيَعْمَلْ عَمَلاً صَالِحاً وَلَا يُشْرِكْ بِعِبَادَةِ رَبِّهِ أَحَدًا)) [الكهف /١١٠] .

وربما لا يكون العامل مرائياً ، وإنما صيَّر بقصده وباعثه غير المشروع الفعلَ حراماً بعد أن كان حلالاً مشروعاً كالذبح ، فإنه يحل الحيوان إذا ذبح لأجل الأكل ، ويحرمه إذا ذبح لغير الله والصورة واحدة . هذا في العبادات ، وفي علاقة العبد بربه .

وكذلك في المعاملات ، كالقرض في الذمة وبيع النقد بمثله إلى أجل ، صورتهما واحدة ولا فارق بينهما إلا القصد والنية الباعثة ، فالأول قربة صحيحة ، والثاني معصية باطلة ، وهذا لا خلاف فيه ، وهو ما يعرف بالحكم الدياني ، ولكن الخلاف في الحكم القضائي وفي أثر الباعث على صحة العقد وفساده .

وكذلك إخراج الوديعة من حرزها له حالتان :

- إذا أخرجها المودَع بنية التصرف فيها لمصلحته من غير إذن صاحبها فإنه يضمن الوديعة إن تلفت أوتلف بعضها، وهو آثم بفعله هذا لأنه خائن للوديعة التي اؤتمن عليها ، وهو مستحق لكل ما يترتب على التصرف غير المشروع .
- وإذا أخرجها من حرزها بنية حفظها أو التفقد لها أو إبعادها عن خطر كغرق أو حرق فتلفت بسبب هذا التصرف فلا شيء عليه ولا يضمنها لأن عمله من مصلحة الوديعة وحفظها [(١)].

فالنية هي التي تحدد ما يترتب على التصرف في الوديعة من ضمان أو غيره ، فإن كان التصرف لقصد حسن يتعلق بمصلحة الوديعة فتلفت بسبب ذلك فلا شيء على المودَع لأنه محسن ، وإن كان تصرفه بنية سيئة فهو آثم وضامن .

أخيراً ، إذا كانت البواعث على العمل المشروع متعددة وكان بعضها مشروعاً وبعضها غير مشروع فالعبرة عندئذ للباعث الرئيسي الحامل على الفعل والداعي له [(٢)].

* * *   * * *   * * *

---

(١) – المهذب للشيرازي ٣٩١/٣ وما بعدها ، تحقيق أ.د . محمد الزحيلي ، دار القلم ط١٤١٧/١ دمشق ، المغني لابن قدامة ٢٧٢/٩ هجر ط ١٤٠٩/١ القاهرة .

(٢) – الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، د . فتحي الدريني /٤٣٤ .

الفصل الثاني

مشروعية الباعث

المبحث الأول : مفهوم النظام الشرعي العام

المبحث الثاني : الباعث أصل من أصول الأخلاق

المبحث الثالث : النظام العام والآداب في القانون

المبحث الرابع : مقارنة بين النظام الشرعي العام والنظام العام والآداب في القانون

الفصل الثاني
مشروعية الباعـــث

لما كانت فكرة الباعث لا تثار إلا إذا كان العمل مشروعاً والباعث عليه غير مشـــروع كان لا بد من بحث فكرة المشروعية ، فالباعث يعد مشروعاً إذا لم يكن منصوصاً على تحريمـه - أي كان مباحاً - ولا مخالفاً للنظام الشرعي العام ، وهذا يستدعي البحث في مفهوم النظـام الشرعي العام . أو ما يعرف بحق الله ، أو حق الشرع ومقارنة ذلك بالقانون الوضعي .

المبحث الأول : مفهوم النظام الشرعي العام [1]

لتحديد مفهوم النظام الشرعي العام لابد من بيان معناه والأحكام التي تعد منه ، ومـــن بينها المصلحة وأنها أصل المشروعية في الفقه الإسلامي ، وصلتها بمفهوم الحق وبالباعث .

● أولاً : معنى النظام الشرعي العام

لا يمكن العثور على تعريف لما يسمى النظام الشرعي العام لأنـــه مصطلـــح حـــادث ، والمقصود بهذا المعنى عند الفقهاء والأصوليين ما يعرف بـــ " حق الله تعالى " .

وحق الله هو : الانقياد لأمره ونهيه ، وهو ما تعلق به النفع العام من غير اختصاص بأحد ، وهـــو كل ما ليس للعبد إسقاطه .

ويقابله حق العبد : وهو مصالحه ، أي ما يتعلق به مصلحة خاصة ، وهو كل ما للعبـــد إسقاطه .

وتكاليف الشريعة بالنسبة لذلك ثلاثة أقسام :

١- حق الله تعالى فقط كالإيمان وتحريم الكفر.

٢- حق العباد فقط كالديون وأثمان الأشياء .

---

(١) - قال أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي : " إن الشريعة الإسلامية لا تعترف بما يسمى النظام العام ، وإنما تعترف بما حده الله ورســـوله " . الفقه الإسلامي وأدلته ١٩٦/٤ ، لذا آثرت أن يكون العنوان " النظام الشرعي العام " للتفريق بينه وبين المصطلح القانوني " النظام العام ".

٣- وقسم اختلف فيه ، هل يغلب فيه حق الله ، أو حق العبد كحد القذف .

ومعنى حق العبد المحض أنه لو أسقطه لسقط ، وإلا فما من حق للعبد إلا وفيه حق لله تعالى ، وهو أمره بإيصال ذلك الحق إلى مستحقه ، فيوجد حق الله تعالى دون حق العبد ، ولا يوجد حق العبد إلا وفيه حق الله تعالى . وإنما يعرف ذلك بصحة الإسقاط ، فكل ما للعبد إسقاطه فهو حق العبد، وكل ما ليس له إسقاطه فهو حق لله تعالى .

وقد يوجد حق الله تعالى ، وهو ما ليس للعبد إسقاطه ، ويكون معه حق العبد كتحريمه تعالى لعقود الربا والغرر والجهالات [١].

فحق الله تعالى لا يقتصر على المصلحة العامة فقط بل المصلحة الفردية أيضاً ، ولذلك عَدَّ الشاطبي رحمه الله من حق الله تعالى المحافظة على ((حق الغير)) سواء أكان ذلك الغير فرداً أم جماعة ، وذلك إبان استعمال المكلف لحقه [٢].

● ثانياً : المصلحة أصل المشروعية في الفقه الإسلامي

قال الشاطبي رحمه الله : " ثبت أن الشارع قد قصد بالتشريع إقامة المصالح الأخروية والدنيوية ، وذلك على وجه لا يختل لها به نظام ، لا بحسب الكل ولا بحسب الجزء ، وسواء في ذلك ما كان من قبيل الضروريات أو الحاجيات أو التحسينيات . فإنها لو كانت موضوعة بحيث يمكن أن يختل نظامها أو تخل أحكامها ، لم يكن التشريع موضوعاً لها ، إذ ليس كونها مصالح إذ ذاك بأولى من كونها مفاسد ، لكن الشارع قاصد بها أن تكون مصالح على الإطلاق ، فلا بد أن يكون وضعها على ذلك الوجه أبدياً وكلياً وعاماً في جميع أنواع التكليف والمكلفين وجميع الأحوال .. وهذا المعنى يدل على كمال النظام في التشريع ، وكمال النظام فيه يأبى أن ينخرم ما وضع له ، وهو المصالح " [٣].

والأحكام الشرعية المتضمنة للمصالح تعد دعامة أساسية في المجتمع يقوم عليها كيانه ، وتصبح بعد التنفيذ وضعاً اجتماعياً أو سياسياً أو اقتصادياً أو خلقياً قائماً تمثل النظام الشرعي العام معنى وواقعاً .وحماية لإرادة المشرع فيما قضى به من تشريع لا يجوز الاتفاق على خلافه – أي النظام الشرعي العام – وإلا كان العمل باطلاً بطلاناً مطلقاً .

---

[١] – الفروق ، للقرافي (الفرق الثاني والعشرون)

[٢] – الموافقات ، الشاطبي ٣٢٢/٢ (المسألة العشرون من النوع الرابع : مقاصد وضع الشريعة للامتثال) .

[٣] – الموافقات ٣٧/٢(المسألة السابعة من النوع الأول : المقاصد الشرعية لاتنخرم ، بل هي كلية أبدية) .

فالمصلحة – من جلب منفعة أو درء مفسدة – هي أساس التشريع في الإسلام وغايته ، لأنها مقصود الشرع وأساس العدل فيه وأصل شرعي ثابت يجب العمل بمقتضاه ولو لم يرد فيها نص أو إجماع أو قياس ما دامت توزن بميزان الشرع العام ، ولأن كلاً من الأحكام والمصالح من وضع الشارع الحكيم .

وهذا ما أشار إليه العز بن عبد السلام رحمه الله في كتابه " قواعد الأحكام " :

" ومن تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان بأن هذه المصلحة لايجوز إهمالها ، وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها ، وإن لم يكن فيها إجماع ولا نص ولا قياس خاص ، فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك "[1].

فبات من الطبيعي تطبيق أي حكم في الشريعة ، إذا تحقق المجتهد أو غلب على ظنه ، أنه يقضي – في ظرف من الظروف – إلى نتيجة أو مآل يناقض هذه المقاصد التي استهدفها التشريع ، فإنه لا يجوز المصير إلى ذلك بأي حال من الأحوال لمنافاة ذلك للنظام الشرعي العام في مقاصده وأهدافه .

وقد قرر هذا " الأصل " الشاطبي رحمه الله ، وجعله عنصراً أساسياً من النظام الشرعي العام لا تجوز مخالفته ، لا في الاجتهاد بالرأي في تشريع المعاملات ولا في التطبيق القضائي ولا فيما يتعلق بإنشاء التصرفات والعقود ، ولو استكملت أركانها وشرائطها الشرعية ، إذا اتخذت ذريعة لهدم مقصد من مقاصد الشريعة في تحليل محرم أو هضم حق ." لأن القصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي " [2]، وذلك باطل لا يجوز المصير إليه .

من هنا ، كان " الباعث " على التصرفات أصلاً من أصول النظام العام في الشريعة يتوقف عليه صحة العقد أو التصرف الانفرادي وبطلانه ، وهو مجمع عليه في أصله ، وإنما الخلاف في وسائل إثباته [3].

وهذا معنى قول الشاطبي رحمة الله :" ... النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً سواء أكانت الأفعال موافقة أم مخالفة " [4].

---

[1] – قواعد الأحكام ٢/١٦٠ .

[2] – الموافقات ٢/٣٨٦ (المسألة الثانية عشرة من مقاصد المكلفين) .

[3] – المناهج الأصولية ، د . فتحي الدريني ٢٣٧ . الشركة المتحدة للتوزيع ط ٢ /١٩٨٥ دمشق .

[4] – الموافقات ١٩٤/٤ (المسألة العاشرة من كتاب الاجتهاد) .

فالنظر في مآلات الأفعال إذاً مطلوب شرعاً ، وهو أصل من الأصول التشريعية ، وعلى المجتهد أن يكيف الفعل بالمشروعية أو عدمها على ضوء من تلك المآلات متبعاً في ذلك سنة الله في اعتبار المصالح في الأحكام دون أن يبحث في الظروف الشخصية لكل فاعل على حدة . فكل فعل يفضي - قطعاً أو ظناً ، أو في الكثير غير الغالب - إلى غير الغاية التي شرع من أجلها، أي إلى مآل هو مفسدة راجحة أو مساوية للمصلحة التي شرع الفعل من أجلها لم يبق مشروعاً؛ لأن العبرة في تكييف الفعل هي النتيجة وهي هنا مناقضة لمقصد الشارع .

فأصل المشروعية إذاً في الفقه الإسلامي هو " المصلحة " والفعل يكون مشروعاً أو غير مشروع حسب مآله ونتيجته ، وفي مثل هذا يقول العز بن عبد السلام رحمه الله : " كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده باطل " [1].

- **ثالثاً : صلة المصلحة بمفهوم الحق**

المصلحة نوعان : مصلحة عامة ومصلحة فردية ، وبما أن المصلحة من مقاصد الشارع وغاية أحكامه فلا يتضح ويتبدى مفهومها إلا من خلال مفهوم " الحق " في الإسلام، الذي قام على أساسه بنيان التشريع كله ، كنظام المعاملات في الشريعة الإسلامية الذي نهض على أصلين أساسيين هما :

١)- "حق الله " أو " حق الشرع " وهو ما يتعلق به النفع من غير اختصاص بأحد [2] فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه [3]. ويطلق عليه " حق المجتمع " [4].

٢)- و " حق العبد " وهو ما تعلق به مصلحة خاصة .

ويتميز مفهوم الحق وطبيعته بأنه ذو مفهوم ذاتي واجتماعي معاً ، إذ يراعى فيه " الغير" من الفرد والمجتمع إبان استعماله كسباً وانتفاعاً .

---

(١) - قواعد الأحكام ٢/١٦١ - ١٦٢ .

(٢) - وهذا ينطبق على المعنى الذي أراده الشاطبي " حق الغير " إذ إنه خالف الأصوليين في مفهوم " حق الله " فلم يقصره على المصلحة العامة ، بل جعل المحافظة على حق الغير سواء أكان ذلك الغير فرداً أم جماعة ، إبان استعمال المكلف لحقه من " حق الله " أيضاً . انظر الموافقات ٢/٣٢٢ ، المناهج الأصولية د . دريني /٢٣٩- ٢٤١ ،الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده /٧٧ .

(٣) - عظم الخطر : أي الأثر والأهمية . شمول نفعه : أي عمومه من غير اختصاص بفرد وهذا هو مفهوم المصلحة بلا ريب . وقال عنه د .الدريني : " الصالح المشترك " وهو أعم من المصلحة العامة ، لأنه يشملها كما يشمل المصلحة الفردية للغير التي رعاها الشارع عند استعمال المكلف لحقه . و " الصالح المشترك " بهذا المعنى مطابق لمفهوم " حق الله " عند الشاطبي ، المناهج الأصولية /٢٣٩ .

(٤) - المرجع السابق .

والاعتراف بكل من الحق الفردي وحق المجتمع يجعل كلاً من المصلحة الفردية ومصلحة المجتمع معتبرة على قدم المساواة ، لأن الحق وسيلة غايتها المصلحة [١]، واعتبار المصلحتين معـــاً عدل ينبغي العمل على تحقيقه حتى لا تطغى إحدى المصلحتين على الأخرى،وعند التعــارض وعدم إمكان التوفيق تقدم المصلحة العامة ، لأن العدل يقتضي ألا تهدر مصلحة كــبرى في سبيل المحافظة على مصلحة فردية .

وبما أن الحق وسيلة غايتها المصلحة كان من العدل أن تفضي هذه الوسيلة إلى غايتها،من هنا كان تقييد حرية الفرد في استعمال الحق على نحو يؤدي إلى المصلحة التي شرع من أجلها ، لأن المصلحة في ذاتها معتبرة شرعاً واعتبارها الشرعي يضفي عليها صفة العدل ، فينبغــي أن يكون قصده في استعمال حقه موافقاً لقصد الشارع في التشريع وإلا كان مناقضــاً للشــرع ومناقضة الشرع باطلة .

غير أن المصلحة الذاتية المشروعة في أصلها قد تنقلب غير مشروعة إذا أفضت إلى مــآل ممنوع تحت تأثير ظرف من الظروف كالإضرار بالمصلحة العامة ، حينئذٍ يوقف العمل بالحكم في هذا الظرف ، باعتبار أن الحكم الشرعي هو منشأ الحق ، مراعاة للمصلحة العامة الحقيقيـــة للأمة التي تمثل العدل في أقوى صوره ، وبزوال الظرف تعود المشروعية إليها [٢]. فالمصلحـــة الفردية في الإسلام ذاتية ومعترف بها ، لكن في إطار المصلحة العامة .

وكذلك تنقلب المصلحة المشروعة – سواء أكانت فردية أم جماعية – إلى مصلحـــة غـــير مشروعة إذا اتخذت في الظاهر ذريعة لتحقيق غرض غير مشروع ، كإسقاط واجب ، أو هضم حق ، أو تحليل محرم ، أو للاحتيال على مقاصد الشريعة وهدمها بوسائل مشروعة في ظاهرهــا كاستعمال حق ، فيكون الفعل مشروعاً في ذاته بالنظر إلى الحق المستند عليه ، وغير مشـــروع بالنظر لاستعماله في غير غايته ، أو لمناقضته لروح الشريعة ، أو قواعدها العامة [٣].

---

[١] – عرّف الدكتور فتحي الدريني الحق بأنه : " اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء ، أو اقتضاء أداء من آخر تحقيقاً لمصلحة معينة " الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده / ١٩٣ .

[٢] – كمنع عمر رضي الله عنه التزوج بالأجنبيات إبان فتح فارس ، لأن ظروف الفتح تقتضي التحفظ والحذر من كل مــا هــو مظنــة للمساس بمصلحة الدولة اجتماعياً وسياسياً . المناهج الأصولية د . دريني/ ٢٠– ٢١– ٢٢ .

[٣] – الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده / ٢٣ .

● **رابعاً : صلة المصلحة بالباعث**

لقد استقر في الفقه – على ما هو راجح عند المحققين من الأصوليين والفقهاء – أن النيات والمقاصد معتبرة في العادات والتصرفات كما هي معتبرة في العبادات [١]، وبعبارة أخرى : أن القصود معتبرة في العقود والتصرفات ، وأن الباعث يؤثر فيها صحة وبطلاناً [٢].

والواقع أن المصلحة غير المشروعة هي تعبير واقعي عن الباعث غير المشروع ، إذ إن تحقيق المصلحة غير المشروعة لابد أن يكون وراءه باعث غير مشروع .

كما أن استعمال الحق أو الإذن الشرعي في غير الغرض أو المصلحة التي من أجلها شرع هو مناقضة لقصد الشارع فيكون باطلاً بالضرورة كل ما أدى إلى ذلك ، ولا خلاف بين العلماء في هذا لأنه تحيُّل على المصالح التي بنيت عليها الشريعة ، وهدم لقواعدها بفعل صحيح الظاهر [٣].

● **خامساً : العناصر الأساسية للنظام الشرعي العام**

للنظام الشرعي العام عناصر أساسية يقوم عليها ، وقد حددها الدكتور فتحي الدريني في كتابه " المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي " بما يلي[٤] :

" **أولاً** : النصوص المفسرة القاطعة ثبوتاً ودلالة على معانيها المقصودة منها أصالة أو تبعاً أو لزوماً بيناً ، والتي لا تحتمل تأويلاً أصلاً .

ثانياً : القواعد التشريعية الثابتة المنصوص عليها في الكتاب أو السنة والقطعية ثبوتاً ودلالة ، من مثل : – قاعدة : ((**أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى**)) [النجم / ٣٨] .

- قاعدة : " سد الذرائع " .
- مبدأ الرضائية في العقود .
- قاعدة : " نفي الحرج " في الدين .
- قاعدة : " لا ضرر ولا ضرار "
- وقاعدة : " درء الحدود بالشبهات " .

---

(١) – الموافقات ٢/٣٢٣

(٢) – إعلام الموقعين ٣/٨٠ .

(٣) – إنما الخلاف بينهم في أمر آخر ، وهو الوسيلة التي يتوصل بها إلى كشف ذلك القصد أو الباعث .

(٤) – المناهج الأصولية / ٢٤٢– ٢٤٣ .

ثالثاً : الأقيسة المنصوص على عللها بأصل قطعي .

رابعاً: القواعد الفقهية العامة المحكمة المستنبطة من جزئيات الشريعة عن طريق الاستقراء والتتبع من مثل : " يتحمل الضرر الخاص في سبيل دفع الضرر العام" (١). ومن مثل " الأمور بمقاصدها " (٢) ، وغيرها مما ثبت أن الشارع قد راعاها في كل تشريع جزئي تفصيلي ، وتلقاها الأئمة بالقبول و العمل .

خامساً : المعنى العام المفهوم من روح التشريع ، ولو لم يرد به نص (٣).

سادساً : " المصلحة " الراجحة التي ثبت من تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفاسد أنها مرعية قطعاً ، ولو لم يرد بها نص أو إجماع أو قياس خاص سواء أكانت مصلحة فردية أم عامة .

سابعاً : أصل النظر في المآلات والنتائج ، سواء في التشريع الاجتهادي في ظروف معينة ، أو في التصرفات الشرعية ، أو في التطبيق القضائي .

ثامناً : المحافظة على " حق الغير" فرداً كان ذلك الغير أم المجتمع ، فهو أصل يتقيد به الاجتهاد بالرأي ، كما يتقيد به أصل الحل العام ، أو الإرادة الإنسانية في التصرفات وممارسة الحقوق " (٤).

إضافة إلى كل ذلك إن قواعد الأخلاق التي تذخر بها أحكام الشريعة الإسلامية هي دعائم ثابتة من عناصر النظام الشرعي العام ، ولها كبير الأثر وإن كان بعيداً في تقييد الإرادة وتوجيهها في استعمال حقها ، على نحو لا يتوافر مثله في النظام العام في الأنظمة الوضعية .

---

(١) – هي نص المادة (٢٦) من مجلة الأحكام العدلية .

(٢) – هي نص المادة (٢) من مجلة الأحكام العدلية .

(٣) – ليس شرطاً ، لكي يعد الحكم من النظام الشرعي العام ، أن يكون منصوصاً عليه بنص قاطع فحسب ، بل المعنى العام المستخلص من جزئيات كثيرة في الشريعة ، إذا ثبت بالاستقراء أن المشرع قد لاحظه في تشريعها ، ينتهض عنصراً أساسياً من مقومات النظام الشرعي العام ، ولو لم يرد به نص شرعي معين كما يؤكد ذلك الشاطبي رحمه الله . الموافقات ٣/٥ وما بعدها (كتاب الأدلة الشرعية) .

(٤) – المناهج الأصولية د . فتحي الدريني /٢٣٢.

المبحث الثاني : الباعث أصل من أصول الأخلاق

إن الفقه الإسلامي، بما هو ديني الصبغة ، يتذرع بالقيم الخلقية المبثوثة في الشريعة والتي تُعدُّ حجر الزاوية فيه ، وما ذلك إلا لتأكيد الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة ، وهو جلب المصالح ودرء المفاسد .

هذه القيم الخلقية التي صيغت منها قواعد خلقية عديدة انعكست آثارها على الحقوق والمعاملات تحديداً وتقييداً ، وجاءت بها النصوص من الكتاب والسنة . كقاعدة " نفي الضرر " في قوله عليه الصلاة والسلام : " لا ضرر ولا ضرار "[1] . وقاعدة " التعاون وتحريم الغرر والغش والتدليس " في قوله تعالى : ((**وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ**)) [المائدة /٢] . وقاعدة " الإيثار " في قوله تعالى : ((**وَيُؤْثِرُونَ عَلَى أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ**)) [الحشر /٩] . وقاعدة : " الصلح بين المتخاصمين" في قوله تعالى : ((**وَالصُّلْحُ خَيْرٌ**)) [النساء /١٢٨] إلى غير ذلك من القواعد .

ومما يؤكد القول بأن المبادئ الخلقية تمثل حجر الزاوية في الفقه الإسلامي أن العمل المطلق عبادة ، لذا اشترط الأصوليون ألا تقتصر نية المباشر للعمل - حقاً كان أم إباحة - على توخي المصلحة الذاتية التي شرع من أجلها ؛ لأن هذا لا يخرجه عن كونه مبتغياً حظاً مجرداً من حظوظ الدنيا ، بل لا بد أن ينوي امتثال أمر الله ونهيه [2]. وبيان ذلك : أن العمل - وهو وسيلة لتحقيق المصلحة - إذا كان تعبدياً ، أي يقصد به امتثال أمر الله واجتناب نهيه ، وهو حق الله فيه ، فإن المصلحة التي تقصد به تعبدية أيضاً وذلك لأمرين :

الأول : أنها من وضع الشارع الحكيم ، وذلك آية حق الله في المصلحة ، فلا يجوز للعباد ابتداع المصالح ، لأنه تشريع مبتدأ ، وذلك محرم بالضرورة .

---

(1) - الحديث رواه الدارقطني موصولاً في حديث أبي سعيد الخدري في كتاب البيوع ٦٤/٣ رقم (٣٠٦٠) ،وفي كتاب الأقضية والأحكام بلفظ " ولا ضرار " ١٤٦/٤ رقم (٤٤٩٥) ، والبيهقي في سننه ، كتاب الصلح ، باب : لا ضرر ولا ضرار ٦٩/٦ ، والحاكم في البيوع ٥٧/٢-٥٨ وقال : صحيح الإسناد على شرط مسلم ، ورواه الإمام مالك في " الموطأ " مرسلاً من طريق عمرو بن يحيى المازني عن أبيه ، عن النبي صلى الله عليه وسلم في كتاب الأقضية ، باب : القضاء في المرفق حديث رقم (٣١) ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي ، المكتبة الثقافية ط/٢ ١٩٩٢ ببروت ، وقال ابن رجب : له طرق يقوى بعضها ببعض ، جامع العلوم والحكم ٢٠٧/٢ .

(2) - الموافقات ٣١٧/٢ ، الفروق (الفرق الثاني والعشرون) .

الثاني : إن المكلف إذا كان عليه أن يتوخى المصلحة التي قصدها الشرع ، حتى يكون قصده في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع ، فإن توخيه لمحض المصلحة ولذاتها لا يجعل عمله تعبدياً ، لأنه لا يختلف عن ابتغاء أي إنسان لحظوظه المجردة في الحياة ، فلا بد – ليؤدي حق الله في عمله – أن تتجه نيته إلى امتثال أمر الله جلّ وعلا [1].

وفي هذا المعنى يقول الشاطبي رحمه الله : " فإن الذي يعلم أن هذا العمل شرع لمصلحة كذا ، ثم يعمل لذلك القصد ، فقد يعمل العمل قاصداً للمصلحة، غافلاً عن امتثال الأمر فيها، فيشبه من عملها من غير ورود أمر [2] ، والعامل على هذا الوجه عمله عادي : فيفوت قصد التعبد" [3].

وعلى هذا ، فالقول بوجوب تحري الدوافع النفسية التي تحرك إرادة المنشئ للالتزام أو التصرف أمر يتفق وروح الشريعة ومقاصدها ، إذ إن التعبد موجود في كل حكم – سواء أكان معقول المعنى أم غير معقول – وإن الحقين : – حق الله وحق الفرد – متلازمان ، إذا وجد أحدهما وجد الآخر ، فهما دائماً مجتمعان [4].

ولما كان حق الله تعالى هو امتثال أمره واجتناب نواهيه ، وكان هذا الامتثال طاعة ، والطاعة، من حيث هي طاعة ، عبادة ، والعبادة مفتقرة إلى نية فكان نتيجة ذلك أن كل عمل في الشريعة يفتقر إلى نية امتثال أمر الله تعالى ، بهذا لا ينفصل المعنى الديني عن كل معاملة أو تصرف أداء لحق الله في صدق العبودية .

بعد هذا ، كيف يتأتى في مثل هذا التشريع أن يصح عمل يحمل عليه باعث غير مشروع ، أو نية تتجه إلى الإضرار بالغير ، ولو كان ذلك العمل في أصله مشروعاً من حيث الظاهر ؟! .

إضافة إلى ذلك : إن حسن النية وسوءها ، وشرف الباعث وطهارته ، من صميم الخصال الخلقية ، وقد جعلها أصوليو الفقه الإسلامي والمحققون من الفقهاء روح التصرف والعقد ومصححه ومبطله ، كما يقول ابن القيم رحمه الله ، وعلى هذا فليست صحة التصرف في الشرع

---

(1) – الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، د . فتحي الدريني /١٠٠ .

(2) – أي بمجرد هواه .

(3) – الموافقات ٣٧٤/٢ (المسألة الثامنة من مقاصد المكلف) .

(4) – الفروق ، للقرافي (الفرق الثاني والعشرون) ، الموافقات ٣٢٢/٢ (المسألة العشرون من النوع الرابع) .

- على ما هو راجح - منوطة بهيئته الشرعية الظاهرة فحسب ، بل مرتبطة كذلك بالباعث الدافع إلى التصرف ، عملاً بقوله صلى الله عليه وسلم : " إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرىء ما نوى "(١). وهذا الحديث أصل لقاعدة مؤصلة في الشرع " الأمور بمقاصدها " (٢).

يؤكد ذلك الشاطبي رحمه الله بقوله : " لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد كانت الأعمال معتبرة بذلك ، لأنه مقصود الشارع فيها كما تبين ، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال ، وإن كان الظاهر موافقاً والمصلحة مخالفة فالفعل غير صحيح وغير مشروع" (٣) .

ولما كانت رسالة الشريعة الإسلامية ومهمتها الأساسية هي النهوض بذات الإنسان والعناية بكمالاته وفضائله النفسية لقوله صلى الله عليه وسلم : " إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق "(٤) أمكن القول : إن الفقه الإسلامي عبارة عن خلق وتشريع جاء لرعاية المصالح العامة والحفاظ على غايات التشريع ومقاصده ظاهراً وباطناً ولا سيما الباعث والمقصد ، والقضاء على التحايل على قواعد الشريعة ، لما بين حسن الخلق والتحايل من تناقض . من هنا وجد "الباعث " تربة خصبة ترعرع فيها ونما لأنه من صميم الخصال الخلقية ، ومن ثم نشأت " نظرية الباعث " التي تمثل النزعة الخلقية في التشريع الإسلامي ، والتي لم يكتشفها التشريع الوضعي إلا في العصر الحديث وقد سماها " نظرية السبب الحديثة " (٥).

---

(١) - متفق عليه سبق تخريجه ، انظر : ص/١٦ .

(٢) - انظر : الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، د . الدريني /٩٩- ١٠٠ .

(٣) - الموافقات ٣٨٥/٢ (المسألة الثانية عشرة من مقاصد المكلفين) .

(٤) - أخرجه البخاري في الأدب المفرد ، باب حسن الخلق بلفظ " إنما بعثت لأتمم صالحي الأخلاق " برقم (٢٧٤١) والإمام أحمد في المسند حديث رقم (٨٩٣٩) ، والحاكم في المستدرك ، كتاب التاريخ ، دلائل النبوة ٦١٣/٢ ، والبيهقي في السنن ، كتاب الشهادات ، باب : بيان مكارم الأخلاق ومعاليها ١٩١/١٠- ١٩٢ بلفظه من حديث أبي هريرة مرفوعاً.

قال الحاكم : صحيح على شرط مسلم ، ولم يخرجاه . وقال الهيثمي في مجمع الزوائد : " رجاله رجال الصحيح " حديث رقم (١٣٦٨٣) كتاب البر والصلة ، باب : مكارم الأخلاق والعفو عمن ظلم .

ورواه الإمام مالك في الموطأ بلاغاً ، في كتاب حسن الخلق باب : ما جاء في حسن الخلق حديث رقم (٨) بلفظ " بعثت لأتمم حسن الأخلاق " . قال ابن عبد البر : هو حديث مدني صحيح متصل من وجوه صحاح عن أبي هريرة وغيره .

(٥) - بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله د . فتحي الدريني ٥٣/١ مؤسسة الرسالة ط ١ / ١٩٩٤ .

● **أمثلة عن التصرفات المخالفة للآداب في الشريعة الإسلامية :**

بما أن الشريعة الإسلامية دين وخلق وتشريع فقد انتظمت حقوقاً لا وجود لها في القانون هـي أمسَّ بالخلق وألصق بالمروءة وأدعى إلى تمتين روابط الأخوة والتضامن بين الأفراد ، من ذلك :

أولاً : النهي عن خطبة الرجل على خطبة أخيه ، فعن عقبة بن عامر أن رسول الله ﷺ قال : " المؤمن أخو المؤمن ، فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر " [١].

ويرى جمهور الفقهاء بأن النهي هنا للتحريم [٢]. لقوله ﷺ:" لا يحل " ويمكن تطبيق هذا الحكم على تصرفات أخرى لوجود العلة ذاتها التي استلزمت هذا الحكم ، كالإيجار على الإيجار ، وبإمعان النظر في العلة يتبين أن التحريم لمنع الإيذاء والتعبير " بالأخوة" يشير إلى ذلك ، أي إن مقتضى الأخوة عدم الإيذاء[٣].

ثانياً : تحريم نكاح التحليل لما فيه من التراوض المهين [٤]، فهو يذهب المروءة ويقضي على نخوة الرجال ، وقد ورد في السنة وعيد لفاعله باللعن ، وهو يقتضي تحريم التحليل ، لأنه لا يكون اللعن إلا على فاعل المحرم قال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه : " لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المُحِلَّ والمُحَلَّل له "[٥] ، فضلاً عما في هذا التحريم من صيانة للغرض الاجتماعي من الزواج المشروع على سبيل الدوام ، وهو التناسل وبناء الأسرة

---

(١) – أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب النكاح ، باب : تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يذر، رقم (١٤١٤) .

(٢) – انظر : القوانين الفقهية لابن جزي /١٩٩ (الباب الأول من كتاب النكاح) ، وروضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي ٣١/٧ ط/ المكتب الإسلامي (فصل : تحرم الخطبة على خطبة غيره بعد صريح الإجابة ...) والمغني لابن قدامة ٥٧٠/٩، مسألة رقم (١١٦٤) (فصل : وخطبة الرجل على خطبة أخيه في موضع النهي محرمة) .

(٣) – لقوله صلى الله عليه وسلم : المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه " وقوله : " لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه ."

(٤) – شرح فتح القدير للكمال بن الهمام ١٧٨/٣(فصل فيما تحل به المطلقة) ، بداية المجتهد لابن رشد ١٠٣٨/٣ (الباب الخامس في الأنكحة المنهي عنها بالشرع ، والأنكحة الفاسدة وحكمها "، مغني المحتاج ، للخطيب الشربيني ٣٠٠/٤- ٣٠١ (كتاب النكاح ، باب ما يحرم من النكاح) المغني ٤٩/١٠ وما بعدها ، مسألة رقم (١١٧٨) .

(٥) – أخرجه بهذا اللفظ الترمذي في كتاب النكاح ، باب ما جاء في المُحِلّ والمُحَلَّل له رقم (١١٢٠)وقال : حديث حسن صحيح ، والنسائي في كتاب الطلاق ، باب : إحلال المطلقة ثلاثاً وما فيه من التغليظ رقم (٣٤١٦) ، وفي الباب عن جابر وعلي وأبي هريرة وعقبة بن عامر وابن عباس . تنبيه : ورد عند أبي داود في النكاح ، باب : في التحليل رقم (٢٠٧٦) من حديث علي رضي الله عنه بلفظ : "لعن الله المُحَلِّل والمُحَلَّل له ". وقال الترمذي عن حديث علي وجابر رضي الله عنهما (١١١٩) : إنه معلول ، وليس إسناده بالقائم .

وما يحيط بها من سياج المودة والألفة والسكن والمكارمة . وعلى ذلك لا يجـوز الـزواج بقصد التحليل[1].

ثالثاً : تحريم الربا ، لأنه استغلال لجهود العمل ، دون الإسهام في هذا الجهد ، ولو عن طريـق تحمل ما قد ينتاب العمل من خسارة ، مما أدى إلى وجود مجتمع طبقي يعاني أفـراده العاملون مظالم فادحة .

وعلى ذلك فكل اتفاق أو تصرف يؤدي أو يقصد منه تحقيق الربا يعتبر باطلاً . قـال تعالى : ((وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا)) [البقرة ٢٧٥] .

*** *** *** ***

(١) – وسيأتي مزيد تفصيل لهذه المسألة .

المبحث الثالث : النظام العام والآداب في القانون

● **أولاً : مفهوم النظام العام**

من الصعب تحديد فكرة النظام العام في تعريف معين ، كما يصعب حصره في تعداد معين ، وتتبدى فكرته العامة في سيادة المجتمع على الفرد [(١)]، ويمكن تقريب فكرته إلى الأذهان بالقول بأن النظام العام مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية .

وهناك من حاول تعريف النظام العام بقوله : " هو المفهوم الذي يهدف إلى حماية المصلحة العامة للمجتمع – أو الصالح العام – من تجاوز الإرادات الفردية ، وذلك بمنع هذه الإرادات من مخالفة القواعد المعتبرة ، في زمن ما ، ضرورية [(٢)] لحماية تلك المصلحة "[(٣)] . فالنظام العام مجال القواعد الآمرة [(٤)].

وبما أن المصالح العامة للمجتمع تعلو على مصلحة الفرد يجب على جميع الأفراد مراعاتها وتحقيقها ولا يجوز لهم مناقضتها باتفاقات فيما بينهم حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية[(٥)] . وبتعبير آخر : إن النظام العام يعبر عن إرادة المجتمع ، تلك الإرادة التي تهددها بعض المبادرات الفردية في إطار العقود ، وقد وصفه البعض بأنه " ذريعة حكومية تستطيع بواسطتها قمع الاتفاقات الخاصة التي تنال من مصالحها الأساسية " [(٦)] ، فالمصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة .

(١) – النظرية العامة للالتزام ، د . وحيد الدين سوار ١/١٦٣ .

(٢) – هكذا ورد اللفظ في التعريف ولعله " ضرورة حماية تلك المصلحة "

(٣) – د . هشام القاسم ، المدخل إلى علم القانون /٤٥-٤٦ ، كتاب جامعي . ثم يعقب قائلاً : " ويلاحظ أن هذا التعريف لا يبين لنا مضمون النظام العام ، لأن هذا المضمون غير محدد ولا ثابت ، ولكنه يحدد لنا هدفه الذي هو حماية المصلحة العامة للمجتمع من تجاوز الإرادات الفردية " ص /٤٦ .

(٤) – القواعد القانونية تقسم إلى قواعد آمرة وقواعد تكميلية أو مفسرة .

القواعد الآمرة : وتسمى أيضاً (قواعد ناهية) هي التي تهدف إلى حماية مصالح المجتمع الأساسية ، ولذلك لايسمح للأفراد باستبعاد أحكامها وتبني أحكام غيرها فيما يجرونه من عقود أو تصرفات قانونية ، أما القواعد المفسرة أو التكميلية ، وتسمى أيضاً (قواعد معلنة) فهي ، خلافاً للقواعد الآمرة ، لا تهدف إلى حماية مصالح المجتمع الأساسية وإنما تتعلق مباشرة بمصالح الأفراد ، ولذا يسمح لهؤلاء الأفراد باستبعاد أحكامها إذا شاؤوا والأخذ بأحكام غيرها يختاروها بأنفسهم لأنهم الأولى بتقدير مصالحهم وطرق تحقيقها . المرجع السابق /٢٦ .

(٥) – الوسيط ، للسنهوري ١/٤٣٥ .

(٦) – النظرية العامة للالتزام د . سوار ١/١٦٢ .

وفكرة النظام نسبية تختلف من بلد إلى آخر ، وتختلف في البلد الواحد من زمن إلى زمن ، فهي شيء متغير يضيق ويتسع حسب ما يعده الناس في حضارة معينة مصلحة عامة [1].

وقد يحدد المشرع صراحة الأحكام التي تعد من النظام العام ، ويمنع الاتفاق على مخالفة تلك الأحكام ، بأن يورد صيغة " ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك "[2]. أو صيغة " يقع باطلاً كل شرط يخالف أحكام هذا القانون . ولو كان سابقاً على العمل به "[3] .

وغالباً لا تدل عبارة النص على كون القاعدة التي يتضمنها هي قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها أم قاعدة مقررة يجوز الاتفاق على خلافها ، وهنا يأتي دور القاضي في تحديد نوع القاعدة فيتعين عليه أن يبحث فيما إذا كانت القاعدة تتصل بمصلحة من مصالح المجتمع الأساسية أم لا ، فإذا عرف القاضي من معنى النص أن حكمه ينظم علاقة تمس كيان الجماعة ، أو تمس مصلحة من مصالحها الأساسية كانت القاعدة التي تتضمنه قاعدة آمرة ، أما إذا أفاد معنى النص أنه ينظم علاقة خاصة بالأفراد ، بما ليس فيه مساس بكيان الجماعة أو بإحدى مصالحها الأساسية ، كانت القاعدة التي تتضمنه قاعدة مقررة [4].

مثال : يلاحظ أن المادتين (١٣٦) و (١٣٧) اللتين تقضيان ببطلان العقد إذا كان محل الالتزام أو سببه مخالفاً للنظام العام وحسن الآداب [5] تشهدان على أن النظام العام وحسن الآداب أمران متميزان عن التشريع ، لأنهما لا تقضيان فقط ببطلان العقد إذا كان محل الالتزام أو سببه مخالفاً لنص قانوني متعلق بالنظام العام أو الآداب ، أي نص آمر ، ولكنهما تقضيان أيضاً ببطلان العقد إذا كان محل الالتزام أو سببه مخالفاً للنظام العام وحسن الآداب عموماً ، ولو لم

---

(١) – فهي تنحصر في أضيق الحدود في ظل المذاهب الفردية وتتسع في ظل المبادئ الاشتراكية والاجتماعية التي تضع مصلحة المجموع في المقام الأول وتضحي في سبيلها بالمصلحة الفردية .

ومن الأمثلة على نسبية النظام العام أن تعدد الزوجات يقع مخالفاً للنظام العام في تونس ، لكنه مسموح به في سورية (م٣٧) أحوال شخصية ، النظرية العامة للالتزام د . سوار ١٦٣/١ .

(٢) – المادة (١/٤١٤) من القانون المدني ونصها : ((إذا اتفق على عدم الضمان بقي البائع ، مع ذلك ، مسؤولاً عن أي استحقاق ينشأ عن فعله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك " .

(٣) – المادة (٦) من قانون العمل الصادر بالقانون رقم (٩١) لعام ١٩٥٩ .

(٤) – مثال : نصت المادة (٣٩٩) من القانون المدني على ما يلي : " يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع " فإن عبارة النص لا تشف عن كون القاعدة التي تتضمنه آمرة أم مفسرة ، ولكن معنى النص أنها قاعدة مفسرة ، لأن كيان الجماعة لا يتأثر في حالة ما إذا اتفق المتبايعان على أن يتسلم المشتري المبيع بغير الحالة التي كان عليها وقت البيع زيادة أو نقصاً أو تحسيناً .

(٥) – المادة (١٣٦) من القانون المدني : (إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً) المادة (١٣٧) من القانون المدني : ((إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً" .

يكن هناك نص قانوني ينهى عن تلك المخالفة ، أي إن العقد يبطل في ظل هاتين المـادتين إذا ما عارض مبدأ قانونياً غير مكتوب يهم مباشرة مصلحة الجماعة ، على الرغم من عدم مخالفته لنص قانوني صريح [١].

● **ما يعد من النظام العام :**

يعد من النظام العام كل الأحكام التي ترمي إلى حماية أركان المجتمع من عبث الأفـراد في عقودهم ، فـكل ما يمس تنظيم الدولة يعد من النظام العام ، لذا فإن كل اتفـاق يخـالف أحكام القانون العام [٢] يعد من حيث المبدأ باطلاً [٣].

كذلك القواعد التي تنظم الأسرة هي على وجه العموم قواعد آمرة من النظام العام [٤]، إضافة إلى القواعد التي تنظم حياة الأفراد فهي متصلة بالنظام العام فيتعين إبطال كل عقد ينـال من سلامة الشخص الإنساني واستقلاله [٥]. وقواعد أخرى غايتها الحفاظ على الملكية الخاصـة للفرد [٦] .

● **ثانياً : قواعد الآداب :**

الآداب في أمة معينة وفي جيل معين هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعـها طبقاً لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية ، وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعـادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس ، وللدين أثر كبير في تكييفه [٧].

---

(١) - نص القرار (٧٥٣) المؤرخ في ١٩٦١/٦/١ م (١) على منع الكاتب بالعدل من تنظيم وتوثيق الأسناد والعقود المخالفة للنظام العام أو الآداب العامة . انظر : النظرية العامة للالتزام، د . سوار ١٦٦/١ .

(٢) - يشمل القانون العام : القواعد الدستورية والحريات العامة ، والنظم الإدارية والمالية ، والنظام القضائي ، والقوانين الجنائية ، والقانون الدولي العام .

ويقابله القانون الخاص فيشمل : الأحوال الشخصية والمعاملات المالية (القانون : المدني ، التجاري ، أصول المحاكمات المدنية والتجارية ، الأحوال الشخصية ، القانون الدولي الخاص) .

(٣) - يجب عدم الخلط بين النظام العام والقانون العام ، ولئن كانت قواعد القانون العام في العادة من النظام العام ، فإنها لا تمثل جميع النظام العام ، فثمة العديد من أحكام القانون الخاص يدخل في نطاق النظام العام .

(٤) - مثلاً : نصت المادة ١٤ /١ أحوال شخصية على أنه : " إذا قيد عقد الزواج بشرط ينافي نظامه الشرعي أو ينافي مقاصده ويلتزم فيه ماهو محظور شرعاً كان الشرط باطلاً والعقد صحيحاً ".

(٥) - مثلاً: لا يجوز أن يتزل شخص لآخر عن اسمه،وكذا لا يجوز الاتفاق مع جراح على إجراء عملية خطرة لا فائدة منها على وجه العموم

(٦) - وهذا ما يسمى بـ :" النظام العام الاقتصادي " وهو يهدف إلى فرض المزيد من الاحترام للملكية الفردية،فقد نصت المادة (٧٦٨) مـن القانون المدني على أن " لمالك الشيء وحده ، في حدود القانون ، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه " .

كما أن هذا النظام أي النظام العام الاقتصادي يرمي إلى حماية الطرف الأضعف اقتصادياً في بعض العقود ،كالعامل في عقد العمـل ، وقانون العمل هو في مجموعه من النظام العام . نصت المادة (٦) منه على أنه : " يقع باطلاً كل شرط يخالف أحكام هذا القانون " .

(٧) - الوسيط ، للسنهوري ٤٣٦/١ .

وبالرجوع إلى نص المادتين (١٣٦) ، (١٣٧) من القانون المدني [١] ، يظهر أن الخطر يتناول الاتفاق الذي يرد مخالفاً للآداب عموماً [٢].

وأغلب القوانين تنص على عدم جواز مخالفة القواعد التي تتعلق بالنظام العام والآداب .

والواقع أن مفهوم الآداب العامة يعد جزءاً من مفهوم النظام العام ، لأن من المجالات التي تتجلى بها المصلحة العامة للمجتمع مجال الأخلاق والآداب العامة ، فلا يجب أن يفهم أنهما مفهومان مختلفان بل يدخل مفهوم الآداب في مفهوم النظام العام ، وذُكِر على حدة مقترناً بالنظام العام لإبراز أهميته وشأنه [٣].

على أنه يجب التمييز بين قواعد الأخلاق وقواعد الآداب ، لأن قواعد الآداب هي دون قواعد الأخلاق مترلة ، فقواعد الآداب ليست في حقيقتها سوى عادات الأفراد الشرفاء في زمان معين ومكان معين ، وهي بذلك لا تشبه البتة القواعد الأخلاقية السماوية [٤].

والفارق بينهما أن القواعد الأخلاقية قواعد سماوية ذات منشأ ديني ، وهي ثابتة لا تتغير بتغير الزمان أو المكان .

أما قواعد الآداب فهي قواعد أرضية ذات منشأ قانوني وضعي ، وهي متغيرة بتغير الظروف والأحوال والبيئات ، وتتعلق بالعادات والتقاليد[٥] .

*** *** *** ***

(١) – راجع حاشية (٥) من ص / ٩٢ .

(٢) – ولو لم يكن هناك نص قانوني يتعلق بالأمر الذي رمى الاتفاق إلى مخالفته ، من ذلك إيجار المنازل المعدة للدعارة .

(٣) – المدخل إلى علم القانون ، د . هشام القاسم /٤٦ .

(٤) – النظرية العامة للالتزام ، د . وحيد الدين سوار ١٧١/١ .

(٥) وهي متغيرة بطبيعة الحال .

المبحث الرابع

مقارنة بين النظام الشرعي العام . والنظام العام والآداب في القانون

إن النظام العام والآداب في القانون مرتبط أساساً بالمصلحة العامة ، بذلك تحدد معياره بها ، فإذا كان موضوع الحكم متعلقاً بالمصلحة العامة أفرغ في نص آمر ، ومن ثم لايجوز الخروج على مقتضاه أو إهماله أو الاتفاق على خلافه ، وكثيراً ما ينص المشرع الوضعي على ذلك [1].

ويشير الدكتور السنهوري في كتابه " الوسيط " إلى هذا المعيار بقوله : " القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها إلى تحقيق مصلحة عامة : سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد " ، ثم يفرّع على هذا الأصل قوله : " فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم ، حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية ، فإن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة " [2].

أما في الشريعة الإسلامية فالعبرة بتحديد نظامها الشرعي العام هي الحكم نفسه ، من حيث كونه مفسراً قاطع الدلالة على معناه ، أو بمصلحة أو بمعنى عام نهضت الأدلة القاطعة على ثبوته قطعاً .

و لم يربط التشريع الإسلامي نظامه الشرعي العام بالمصلحة العامة فقط ، فالمصلحة العامة ، وإن كان لها اعتبارها المستقل الذي يوجب رعايتها في كل تصرف فردي أو تطبيق حكم يتعلق بمصلحة فردية ، ليست هي مدار التشريع كله في الشريعة الإسلامية ، بل جمعت إضافة إلى ذلك اعتبار المصلحة الفردية .

فمفهوم النظام العام إذاً مزدوج ، ومعياره " الحكم ذاته " لا موضوعه كما في القانون . وبذلك يكون التشريع الإسلامي - بهذا المعيار - مستقلاً عن كل من المذهب الفردي الذي يعد محور التشريع الفرد ومصالحه الذاتية ويتسع فيه نطاق الحريات العامة ومجال الإرادة الإنسانية في استعمال الحقوق كسباً وانتفاعاً ، في حين تضيق دائرة النظام العام . عن المذاهب

---

[1] - المناهج الأصولية ، د . فتحي الدريني /٢٤٥ .

[2] - الوسيط ، د . السنهوري ١/٤٣٥ .

الأخرى التي تجعل المصلحة العامة وحدها مدار التشريع دون المصلحة الفردية، حيث اتسعت دائرة النظام العام فيها ، وضاقت دائرة الحريات العامة ومجال الإرادة الإنسانية في ممارسة الحقوق .

ويترتب على المفهوم المستقل للنظام الشرعي العام أمور هي :

١- أن لا مجال للاجتهاد بالرأي فيما هو ثابت من النظام الشرعي : "لا مساغ للاجتهاد فيما ورد فيه نص قطعي " [١].

٢- أنه لا يجوز مخالفة ما هو متعلق بالنظام العام في ميدان التعامل في إنشاء التصرفات والعقود والشروط ، أو في القضاء ، أو في العلاقات الدولية وإبرام المعاهدات .

٣- أن النظام العام يمثل صلب " الوحدة التشريعية "[٢] في الإسلام لكل النظم التي تدور في فلكه ، فلا يكون بينها خلاف جوهري ، وإنما يكون الاختلاف في الجزيئات التي تقتضيها الظروف الخاصة بكل بيئة [٣].

ثم إن النظام الشرعي العام ثابت على مر الزمن ، إذ لا يجوز تغييره أو تبديله ، فلا مجال للاجتهاد بالرأي فيه ، ولا يجوز العمل على خلاف ما يقضي به لأنه يمثل الإرادة الإلهية في التشريع في أعلى مراتب الوضوح والقوة [٤].

في حين أن مفهوم النظام العام والآداب في القانون نسبي متغير وذو مفهوم متطور ، على الرغم من أن معياره موضوعي مرتبط بالمصلحة العامة [٥]، لتغير مفهومها أيضاً في النظم التشريعية في كل عصر .

---

[١] - هي المادة /١٤/ من مجلة الأحكام العدلية ونصها " لا مساغ للاجتهاد في مورد النص " .

[٢] - وعلى هذا ، فالأدلة التشريعية التي تنهض بالحل والحرمة ، وبالفرض والواجب ، بصورة قاطعة تعد من النظام العام ، لايجوز مخالفتها إلا في حالات الضرورة ، وليس هنا مقام بحثها . غير أنه فيما يتعلق بالمباح ، يمكن تقييده إذا اقتضى ذلك مصلحة عامة في ظرف من الظروف ، وذلك عملاً بأصل النظر في المآل ، المناهج الأصولية ، د . فتحي الدريني / ٢٤٧ .

[٣] - المناهج الأصولية د . فتحي الدريني /٢٤٧- ٢٤٨ .

[٤] - المرجع السابق .

[٥] - الوسيط ، السنهوري ١/٤٣٥ .

أخيراً ، من تطبيقات النظام الشرعي العام في المعاملات ، " البـــاعث " المشـــروع في التعاقد أو التصرف بالإرادة المنفردة ، لأن القصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي كما يقـــول الشاطبي رحمه الله ، وكذلك ابن القيم رحمه الله : القصد روح العقد ومصححه ومبطلـــه [١] . فقد أرست الشريعة فكرة الباعث كقيد يرد على مبدأ الرضائية ، حـــتى لا تنشـــئ الإرادة تصرفات هي في ظاهرها جائزة ، ولكن في تنفيذها ، بالنظر إلى ما تهدف إليه من غاية نهائيـــة غير مباشرة ما يمس المصلحة العامة أو يهدم مقاصد التشريع [٢] .

*** *** *** ***

[١] - المناهج الأصولية /٢٥٥.

[٢] - الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده د . الدريني /٤٣٣

الفصل الثالث
مفهوم الباعث في العقود والتصرفات

المبحث الأول : العقد أساس لدراسة الباعث .

المبحث الثاني : صيغة العقد

المبحث الثالث : مكانة الباعث في النظرية العامة للعقد

الفصل الثالث

مفهوم الباعث في العقود والتصرفات

الإنسان مخلوق اجتماعي بفطرته ، ولا غنى له من العيش المشترك مع الجماعة لتحقيق حاجاته وأسباب سعادته وطمأنينته ، ولا يتم ذلك بدون تعامل وتبادل مع الآخرين ، إذ إنه يحتاج إلى كثير من مقومات الحياة مما قد يوجد في حيازة الآخرين .

فالتعامل بين الناس ضرورة اجتماعية قديمة ملازمة لنشوء المجتمعات ، وهذا التعامل والتبادل يجري ويتم في صور متعددة ، وحتى لا تُترك مبادلات الناس وتعاملاتهم التجارية والاقتصادية خاضعة لأهوائهم جاءت أحكام الشريعة الإسلامية ناظمة لتلك المعاملات تحت بحث ما يعرف باسم نظرية العقد ، تلك النظرية التي تنظم حركة النشاط الاقتصادي ، وتضبط أصول التعامل ، وقد استخلصها الفقهاء من عدد من الأحكام الشرعية التي جاءت لتنظيم العقود بمختلف أنواعها .

وقد جُعِلَتْ هذه النظرية بشكل عام الأساس لدراسة الباعث .

المبحث الأول

العقد أساس لدراسة الباعث

إن العقد هو مصدر الالتزامات في الفقه الإسلامي ، والباعث الدافع إلى التصرف أو التعاقد يرتبط بالعقد ، لذلك كان لزاماً أن يكون هو الأساس لدراسة الباعث في المعاملات ، ولأن على أحكام نظرية العقد تدور معظم المعاملات في الشريعة الإسلامية ، بل وفي القانون الوضعي . وسأقتصر على بحث بعض الأحكام الأساسية ذات الصلة ، فأبحث في تعريف العقد لغة واصطلاحاً ، ثم في أركانه .

المطلب الأول : تعريف العقد

سأبحث في معنى العقد لغة واصطلاحاً ، ثم في معنى التصرف ، بعد ذلك أبيّن الفرق بينهما .

● الفرع الأول : معنى العقد في اللغة :

العقد لغة : الربط والشد والضمان والعهد . يقال : عقد الحبل والبيع والعهد : شده [1]. ويطلق أيضاً على الجمع بين أطراف الشيء ، يقال : عقد الحبل إذا جمع أحد طرفيه إلى الآخر وربط بينهما [2].

ومن معنى الربط الحسي أخذت الكلمة للربط المعنوي للكلام أو بين كلامين . يقال : عقد النية والعزم على البيع ، وعقد اليمين أي ربط بين الإرادة وتنفيذ ما التزم به ، وعقد البيع والزواج ، أي ارتبط مع شخص آخر [3]. ومن معنى الإحكام والتقوية الحسية للشيء أخذت اللفظة وأريد بها العهد ، فصار العقد بمعنى العهد والضمان وكل ما ينشئ التزاماً . قال الله تعالى : ((**يَا أيها الذِينَ آمَنوا أَوفوا بِالعقودِ**)) [المائدة / ١] .

والعقد في كتاب الله تعالى : ما عقده الإنسان على نفسه من المعاملات مع الخلق من بيع وشراء وإجارة وكراء ومناكحة ومزارعة ومصالحة وتمليك ، وغير ذلك مما لا يخالف الشريعة .

وكذلك ما عقده على نفسه مع الله سبحانه كالعبادات المفروضة أو النذور [4].

● **الفرع الثاني : معنى العقد في الاصطلاح :**

أولاً : في المعنى الاصطلاحي الفقهي : المعنى الذي اصطلح عليه الفقهاء لكلمة العقد لا يبعد عن المعنى اللغوي له ، بل هو في الواقع تقييد للمعنى اللغوي وحصر له ، وتخصيص لما فيه من العموم ، والمتتبع لكلام الفقهاء المتفهم لمعانيها يرى أن للعقد معنيين عندهم : معنى عام ، ومعنى خاص .

---

(١) – القاموس المحيط ، مادة " عقد " .

(٢) – لسان العرب ، مادة " عقد " .

(٣) – انظر : المصباح المنير ، مادة " عقد " ، المفردات في غريب القرآن ، للراغب الأصفهاني /٣٤١ .

(٤) - تفسير القرطبي ٦/ ٣٢ .

آ- المعنى العام : وهو كل ما يعقد الشخص أن يفعله هو ، أي يعزم على فعله ، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه . وقد بين ذلك الجصاص [1] في كتابه " أحكام القرآن " وخلاصة قوله : إن العقد في نظره كل ما التزم فيه الشخص الوفاء بأمر من المستقبل سواء أكان ذلك الالتزام بإلزام نفسه أم كان باتفاق مع شخص آخر [2] . وعلى ذلك يسمى البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقوداً ، لأن كل واحد من طرفي العقد ألزم نفسه الوفاء به ، وسمي اليمين على المستقبل عقداً ، لأن الحالف ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من الفعل أو الترك ، كذلك العهد والأمان ، لأن معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها ، وكذا كل ما شرط الإنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد ، وكذلك النذور وما جرى مجرى ذلك [3] .

وعلى هذا الإطلاق كثيرون من الفقهاء ، ولذلك يتكلمون في التعليق ، والشروط المقترنة بالعقود على الطلاق والإبراء والإعتاق ، على أنها عقود ، مع أنها لا تعد عقوداً إلا على هذا المعنى ، لأنها تنشئ التزاماً بأمر في المستقبل ، وهو عدم الحل في الطلاق ، وعدم المطالبة في الإبراء ، وسقوط الملكية في العتاق [4].

فالعقد بالمعنى العام ينتظم جميع الالتزامات الشرعية ، وهو بهذا المعنى يرادف كلمة الالتزام [5].

قال الألوسي [6] في تفسير قوله تعالى : ((أوفُوا بِالعُقُودِ)) [المائدة /١] : المراد بها ما يعم جميع ما ألزمه الله تعالى عباده وعقد عليهم من التكاليف والأحكام الدينية ، وما يعقدونه فيما بينهم من عقود الأمانات والمعاملات ونحوهما مما يجب الوفاء به[7].

---

(١)- أبو بكر أحمد بن علي الرازي من أعلام الحنفية ، صاحب كتاب أحكام القرآن ــ ت (٣٧٠هـ) .

(٢) - أحكام القرآن للجصاص ٢٨٥/٣ ، تحقيق محمد صادق القمحاوي ط/ دار إحياء التراث العربي بيروت .

(٣) - المرجع السابق .

(٤) - الملكية ونظرية العقد ، الشيخ محمد أبو زهرة /١٨٠ ، دار الفكر العربي .

(٥) - الالتزام : هو كل تصرف يتضمن إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهاءه ، سواء أكان صادراً من شخص واحد كالوقف والإبراء والطلاق على غير مال ، أو شخصين كالبيع والإجارة والطلاق على مال . الفقه الإسلامي وأدلته ، أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي ٨٢/٤-٨٣ .

(٦) - شهاب الدين محمود الألوسي البغدادي ، أبو الفضل ، صاحب تفسير " روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني " (١٢٧٠ هـ) .

(٧) - روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ، للألوسي ٤٨/٦ ط ، دار الطباعة المنيرية ، مصر .

ب – المعنى الخاص : وهو ربط بين إرادتين أو كلامين ينشأ عنه حكم شرعي بـــالتزام لأحـــد الطرفين أو لكليهما . قال الجرجاني رحمه الله : " العقد : ربط أجـــزاء التصـــرف بالإيجـــاب والقبول "(١) . وبهذا المعنى عرفه الزركشي رحمه الله بقوله : " ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي كعقد البيع والنكاح وغيرهما " (٢).وعرف صاحب العناية (٣) الانعقاد بأنه : " تعلق كلام أحـــد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل " (٤).

وعرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه : " ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله "(٥) . والتقييد بكونه " على وجه مشروع " حسن لإخراج الارتباط علـــى وجـــه غـــير مشروع . كالاتفاق على قتل فلان ، أو إتلاف محصوله الزراعي ، أو سرقة مالـــه ، أو الـــزواج بالأقارب المحارم ، فكل ذلك غير مشروع لا أثر له في محل العقد . والتقييد بكونه " يثبت أثـــره في محله " لإخراج الارتباط بين كلامين لا أثر له ، كالاتفاق على بيع كل شريك حصته مـــن دار أو أرض لصاحبه بالحصة الأخرى المساوية لها ، فهذا لا فائدة منه ولا أثر له (٦).

هذا المعنى (الخاص) هو المراد عند الكلام عن نظرية العقد ، أو هو المعنى الشائع المشهور حتى يكاد ينفرد هو بالاصطلاح ، لذا فإنه إذا أطلقت كلمة العقد تبادر إلى الذهن ، أما المعـــنى الثاني (العام) فلا تدل عليه كلمة العقد إلا بتنبيه يدل على التعميم إذ يراد به ما يرادف التصرف الشرعي .

ـتحقق الارتباط بين الإيجاب والقبول شرعاً :

إن الارتباط بين الإيجاب والقبول لا يعتبر قائماً إلا إذا كان على وجه مشروع ، ويتحقق الارتباط شرعاً بما يأتي :

---

(١) – التعريفات /١٥٣ .

(٢) – المنثور في القواعد ٣٩٧/٢ .

(٣)– هو أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي ، من فقهاء الحنفية ، له شرح العناية على الهداية ت (٧٨٦ هـــ) .

(٤) – العناية ٧٤/٥ مطبوع بهامش فتح القدير .

(٥) – وهو مجموع نص المادتين (١٠٣ و ١٠٤) فقد نصت المادة (١٠٣) " العقد التزام المتعاقدين أمراً وتعهدهما به وهـــو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول " . ونصت المادة (١٠٤) " الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما " . انظر: المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفـــى الزرقـــا ١٩٧/١ ط ١٩٥٢/٣ الجامعـــة السورية .

(٦) – الفقه الإسلامي وأدلته ٨١/٤ .

١- أن يكون العقد مستوفياً مقوماته [١] من الأركان ، وشروط الانعقاد ، وكذلك شروط الصحة ، خلافاً للحنفية [٢].

٢- أن يكون سببه مشروعاً ، بمعنى أن الباعث على التعاقد يجب أن يكون مشروعاً أيضاً ، حتى لا يتخذ العقد أو التصرف المشروع في ذاته وسيلة لتحقيق غرض غير مشروع ، يهدم مقاصد التشريع .

فإذا ثبت التذرع بالعقد لتحقيق غرض غير مشروع ، ولو في الغالب من الظن بطل العقد، وأصبح معدوماً في نظر الشارع لا أثر له على الرغم من استيفائه لصورة العقد أو التصرف المشروع ، لأن المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً ، وهذا بالإجماع ، وإنما الخلاف في تحقيق مناط التذرع[٣] .

ثانياً : في المعنى الاصطلاحي القانوني :

العقد عند رجال القانون هو : " توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو إنهائه"[٤] وهذا هو التعريف السائد عندهم بالنسبة إلى الجوهر ، وإن اختلفت العبارة من واحد لآخر .

وهناك تعريف آخر للدكتور عبد الفتاح عبد الباقي استمده من الفقه الإسلامي مع شيء من التعديل بأنه : " ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون " [٥].

أما واضع القانون السوري وكذلك المصري ، فلم يوردا كلاهما تعريفاً للعقد ، أخذاً بالرأي الذي يقول أنصاره : إن التعريفات إنما تكون من عمل الفقه لا من عمل المشرع [٦].

---

[١]- المقومات أعم من الأركان ، لأن " الركن " ما كان جزءاً من ماهية الشيء ، ومكوناته الذاتية ، بحيث توجد الماهية بوجوده ، وتنتفي بانتفائه . أما المقوم فيشمل إضافة إلى ذلك، الشرط الذي يتوقف الشيء على وجوده ، ولكن خارج عن ماهيته . انظر : النظريات الفقهية د . الدريني /٢٥٥ حاشية (١) .

[٢]- لأن اختلال شرط من شروط الصحة يفسد العقد عند الحنفية ولا يبطله ، فهو منعقد لكنه يستحق الفسخ .

[٣]- النظريات الفقهية /٢٥٥ وسيأتي تفصيل المذاهب ، انظر : المبحث الأول من الفصل الرابع .

[٤]- وضع هذا التعريف د .عبد الرزاق السنهوري في كتابه "نظرية العقد" مرجحاً ذلك على ما عرف به القانون الفرنسي العقد في المادة (١١٠١) وهو أنه : " اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص أو أكثر بإعطاء شيء أو بفعله ، أو بالامتناع عن فعله " الوسيط ١/١٤٩ .

[٥]- نظرية العقد والإرادة المنفردة / د . عبد الفتاح عبد الباقي /٣٣ ط ١٩٨٤ .

[٦]- ورد في مشروع تنقيح القانون المدني المصري مادة (١١٢) تعريف للعقد مؤداه : " العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها " ، ولم يرد هذا التعريف في القانون حيث يتجنب التعريفات بقدر الإمكان فيما لا ضرورة لتعريفه ، المرجع السابق /٣٣ حاشية (١) .

• الفرع الثالث : مقارنة بين العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

من يدقق النظر في التعريف القانوني للعقد يجد النـزعة الشخصية تتجلى فيه ، إذ إنه ينظر في العقد إلى الإرادتين مباشرة وهو يساير في صياغته نظرية الإرادة الباطنة .

في حين تتجلى في التعريف الفقهي النـزعة الموضوعية ، لأنه يساير في صياغته نظرية الإرادة الظاهرة ، لذلك امتاز في تصوير الحقيقة العقدية ببيان الأداة المكونة للعقد - أي الأجزاء التي يتركب منها في نظر التشريع - وهي الإيجاب والقبول ، لأن اتفاق الإرادتين في ذاته لا يعرف وجوده ، وإنما الذي يكشف عنه هو الإيجاب والقبول ، بما فيهما من إعراب عن تحرك الإرادتين نحو بعضهما وتلاقيهما .

والتعريف القانوني يعرف العقد بواقعته المادية وهي الاتفاق أو تلاقي الإرادتين ، في حين يعرف الفقه الإسلامي العقد بواقعته الشرعية وهي الارتباط الاعتباري الذي يقدر الشارع حصوله بين الطرفين ، لأن العقد لا قيمة فيه للوقائع المادية في سبيل تكوينه لولا الاعتبار الذي يسبغه عليه الشارع ، وهذا ما تشعر به كلمة ارتباط وتؤكده عبارة " على وجه مشروع " .

وعلى هذا فالتعريف القانوني يشمل العقد الباطل ، لأن فيه اتفاق إرادتين وإن لم يحصل فيه ارتباط في نظر القانون .

أما التعريف الفقهي فلا يشمل إلا العقد المنعقد ، لأن الباطل لا وجود له شرعاً ، فلا يجوز أن يتناوله التعريف الذي يجب أن يكشف عن حقيقة أمر موجود لا عن معدوم .

فالتعريف القانوني غير مانع [1] ، أما التعريف الفقهي فهو أدق تصوراً وأحكم منطقاً ، وإن كان التعريف القانوني أوضح تصويراً في ظاهر النظر [2] ، أما نتيجتهما من حيث المآل فواحدة ، سوى شمول التعريف القانوني للعقد الباطل .

---

(١) - التعريف يجب أن يكون جامعاً مانعاً . ومعنى كونه جامعاً أن يشمل جميع أفراد الشيء المعرف ، فلا يخرج عنه ما يجب أن يتناوله . ومعنى كونه مانعاً أن تكون قيوده وحدوده مميزة للشيء المعرف عن غيره تمييزاً تاماً فيخرج عنه كل ما ليس من أفراده .

(٢) - المدخل الفقهي ١/١٩٩- ٢٠٠ .

● الفرع الرابع : تعريف التصرف

التصرف لغة : التقلب في الأمور والسعي في طلب الكسب [1] . والصرف : الحيلة ، ومنه قولهم : إنه ليتصرف في الأمور ، وقال الله تعالى : ((فَمَا تَسْتَطِيعُونَ صَرْفاً وَلَا نَصْراً)) [الفرقان /١٩] [2].

التصرف اصطلاحاً : لم يذكر الفقهاء في كتبهم تعريفاً للتصرف ، ولكن يفهم من كلامهم أن التصرف هو ما يصدر عن الشخص بإرادته ويرتب الشرع عليه أحكاماً مختلفة .

وقد عرَّفه الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله بأنه : " كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية ويرتب عليه الشارع أثراً شرعياً في المستقبل " [3].

كما وعرَّفه أستاذنا الدكتور وهبة الزحيلي بأنه : " كل ما صدر عن الشخص بإرادته من قول أو فعل يرتب عليه الشرع أثراً من الآثار ، سواء أكان في صالح ذلك الشخص أم لا " [4].

ويمتاز هذا التعريف عن سابقه بأنه شمل الأقوال والأفعال ، في حين اقتصر الأول على التصرفات القولية . ويمتاز كلا التعريفين بإبرازهما لدور الشارع في ترتيب آثار التصرف في الفقه الإسلامي .

● أنواع التصرف :

بيَّن التعريف أن التصرف نوعان : تصرف فعلي ، وتصرف قولي .

١- النوع الأول : التصرف الفعلي : هو ما كان مصدره عملاً فعلياً غير اللسان ، بمعنى أنه يحصل بالأفعال لا بالأقوال . وهو قسمان : مشروع وغير مشروع ، فمن التصرفات

---

(١) - القاموس المحيط ، لسان العرب ، مادة (صرف) .

(٢) - مختار الصحاح مادة (صرف) .

(٣) - الملكية ونظرية العقد /١٨١ .

(٤) - الفقه الإسلامي وأدلته ٨٣/٤ . وعرفه د . محمد زكي عبد البر في كتابه " التصرفات والوقائع الشرعية " بأنه :" القول أو الفعل الذي يترتب عليه حكم شرعي ص /٢٥ دار القلم ط ١٩٨٢/١ الكويت . أما عند القانونيين فقد عرفه د . السنهوري بأنه : " الإرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين فيرتب القانون عليها هذا الأثر مثل العقد " الوسيط ج ٢/ص ١ . وبتعريفه للتصرف بأنه إرادة ، فقد أسند إليها وظيفة ترتيب الأثر القانوني ، بذلك تكون الإرادة هي المنشئة للعقد ، وهي التي تحدد آثاره . وهذا خلاف ما عليه الحال في الفقه الإسلامي ، لأن إرادة المشرع هي التي تتولى ترتيب ما تشاء من الآثار على التصرف .

الفعلية المشروعة : إحراز المباحات ، قبض البائع الثمن من المشتري ، تسلم المشتري المبيع من البائع . ومن التصرفات الفعلية غير المشروعة : الغصب والسرقة والإتلاف والجنايات على النفس والأطراف .. وكل من التصرف الفعلي المشروع وغير المشروع يرتب الشارع عليه أثراً ما .

٢- النوع الثاني : التصرف القولي : وهو الذي يكون منشؤه اللفظ دون الفعل ، ويدخل فيه الكتابة والإشارة ، وهو قسمان : تصرف قولي عقدي ، وتصرف قولي غير عقدي .

آ- التصرف القولي العقدي : وهو الذي يتم باتفاق إرادتين ، أي أنه يحتاج إلى صيغة تصدر من الطرفين ، وتبين اتفاقهما على أمر ما كسائر العقود التي لا تتم إلا بوجود طرفين ، أي الموجب والقابل كالإجارة والبيع والنكاح والوكالة .

ب - التصرف القولي غير العقدي : وهو نوعان : أحدهما : ما يتضمن إرادة إنشائية وعزيمة مبرمة من صاحبه على إنشاء حق أو إنهائه أو إسقاطه ، وقد يسمى هذا النوع تصرفاً عقدياً لما فيه من العزيمة والإرادة المنشئة أو المسقطة للحقوق ، ومن أمثلته الوقف والطلاق والإبراء

ثانيهما : تصرف قولي لا يتضمن إرادة منشئة أو منهية أو مسقطة للحقوق ، بل هو تصرف قولي محض ليس له شبه بالعقود ، لكن تترتب عليه أحكام كالدعوى ، فإنها طلب حق أمام القضاء ، وكالإقرار [١] والإنكار فإنهما أخبار تترتب عليهما أحكام قضائية ، وكذلك الجرائم اللفظية من قدح وذم فإنها اعتداءات تترتب عليها عقوبات [٢].

- **الفرع الخامس : الفرق بين العقد والتصرف**

سبق القول إن العقد بمعناه العام هو كل تصرف يعبر عنه بالقول أو ما يقوم مقامه لإنشاء التزام، سواء أكان قوامه إرادة منفردة تنشئ التزاماً دون أن يقابله التزام من طرف آخر ودون أن

---

(١) - بعض الفقهاء يعتبرون التصرف الشرعي هو التصرف المنشئ لا التصرف الإخباري كالإقرار ، فصاحب فتح القدير يقرر أن التصرف قد يكون تمليكاً أو إسقاطاً . شرح فتح القدير ٣١١/٥ (باب الاستحقاق) ،وذهب الشيخ علي الخفيف رحمه الله في كتابه " التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة " إلى أن التصرف الشرعي هو التصرف الإنشائي، فلم يعد الإقرار من التصرفات الانفرادية . التصرفات والوقائع الشرعية د . عبد البر /٢٤ .

(٢) - انظر المدخل الفقهي العام ١٩٥/١ ، النظريات الفقهية د . الدريني ٢٦٦/٢٦٧ .

يتوقف على قبول الآخر كالوقف والنذر والطلاق المجرد ، أم كان قوامه ارتباط إيجاب بقبــــول لإحداث أثر شرعي في محل الالتزام .

فالعقد بهذا المعنى العام ينتظم جميع الالتزامات الشرعية ، إلا أنه غير شائع في الاستعمال، بل الذي يدل عليه لفظ العقد هو المعنى الخاص السائد عند الجمهور ، وهو ما صدر من طرفين بارتباط أحدهما بقبول من الآخر .

أما التصرف فهو أعم من العقد والالتزام ، إذ إنه يشمل الأقــوال والأفعــال ، وينتظـم الالتزام وغير الالتزام ، وسواء أكان التصرف القولي ينشيء التزاماً (وهو العقد بالمعنى الخــاص)، أم لا ينشئ التزاماً (كالإقرار) فإنه بنوعيه أعم من العقد ومن الالتزام اتفاقاً ، فكل عقد أو التزام تصرف قولي ولا عكس ، وكذلك التصرف الفعلي المشروع وغير المشروع يرتب عليه الشارع أثراً ما [1].

الخلاصة : أن التصرف أعم من العقد والالتزام ، والعقد بالمعنى العام والالتزام مترادفان متساويان، والالتزام أعم من العقد بالمعنى الخاص ، والعقد بمعناه الخاص نوع من الالتزام ، وأخص من كلمة تصرف ، فكل عقد هو تصرف ، وليس كل تصرف عقداً [2].

وهذا ما يسمونه : " العموم والخصوص المطلق " بين الشيئين في علاقة أحدهما بـــالآخر ونسبته إليه [3].

المطلب الثاني : قوام العقد [4]

لما كان تصور العقد يتم بمعرفة مكوناته فمن المنطقي عرض هذه المكونات والأحكـــام المتعلقة بها . وقوام العقد إنما يكون بمقومات أربعة لابد من وجودها في كل عقد وهي :

- العاقدان : ويسميان طرفي العقد .

---

(1) - إذا صدر من مميِّز ، أما تصرفات غير المميِّز لا يرتب عليها الشارع أثراً لأن الإرادة هي محرك التصرفات ، فتصرفات غير المميز باطلة لانعدام الإرادة عنده .

(2) - الفقه الإسلامي وأدلته ٨٤/٤ .

(3) - المدخل الفقهي العام ١٩٦/١ .

(4) - استحسن الأستاذ الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله استعمال عبارة قوام العقد بمعنى المقومات الأساسية التي لا يمكن أن يتصور وجود العقد دونها ، سواء أكانت ركناً بالمعنى الاصطلاحي ، أي جزءاً ذاتياً في عملية العقد ومعنـــاه كالإيجـــاب والقبول ، أم كانت من اللوازم العقلية الأخرى كالعاقدين والمحل . المدخل الفقهي العام ٢١٣/١ .

- ومحل العقد : ويسمى المعقود عليه .
- وموضوع العقد : أو غايته النوعية ، أي المقصد الأصلي الذي شرع العقد لأجله .
- والأركان : وهي العناصر الذاتية الإنشائية التي يتكون منها العقد [1].

إن إطلاق أركان العقد ليس متفقاً عليه بين المذاهب الفقهية ، فالحنفية يطلقون الركن على ما كان جزءاً من الماهية بحيث لا يتحقق إلا به ، والعقد لا ركن له بهذا المعنى إلا التراضي ، أو صيغة العقد من الإيجاب والقبول ، أو ما يقوم مقامهما من فعل أو إشارة أو كتابة، أما بقية العناصر والمقومات التي يقوم عليها العقد من محل معقود عليه وعاقدين فهي لوازم لا بد منها لتكوين العقد ، لأنه يلزم من وجود الإيجاب والقبول وجود عاقدين ، ولا يتحقق ارتباط العاقدين إلا بوجود محل يظهر فيه أثر الارتباط .

أما الجمهور فيقولون : إن للعقد أركاناً ثلاثة هي : العاقد والمعقود عليه وصيغة العقد ، لأنهم يطلقون الركن على ما يتوقف عليه وجود الشيء وإن لم يكن داخلاً في حقيقته .

وأياً كان هذا الاختلاف فهو اصطلاح لا تأثير له من حيث النتيجة [2].

ومما تجدر الإشارة إليه ، أنه إذا عرّف العقد بما يشمل بمقتضاه كل التصرفات الشرعية كان ركن العقد مختلفاً باختلاف نوع التصرف .

فإن كان من التصرفات التي تتم بإرادة واحدة ، كالطلاق والوقف من حيث إنشاؤه – على قول أكثر الأئمة أصحاب المذاهب – فالتصرف ينعقد بعبارة من له الإرادة المنشئة للعقد من غير نظر إلى رضا سواه ، ومن غير حاجة إلى ضم عبارة غيره إلى عبارته .

وإن كان من التصرفات التي لا تتم إلا بتوافق إرادتين ، كالبيع والإجارة وغيرهما ، فلا بد لانعقاده من عبارتين تعبران عن كلتا الإرادتين ، وتنبئان عن توافقهما والتقائهما .

---

(1) – المرجع السابق ٢١٤/١ .

(2) – الفقه الإسلامي وأدلته ٩٢/٤ . وانظر : مذاهب الفقهاء في ركن العقد .

الحنفية : حاشية ابن عابدين ٧/٤ " فركنه الفعل الدال على الرضا بتبادل الملكين من قول أو فعل " (كتاب البيوع) .

المالكية : مواهب الجليل للحطاب ٢٢٨/٤ من كتاب البيوع " للبيع ثلاثة أركان : الصيغة ، العاقد والمراد به البائع والمشتري ، والمعقود عليه ، والمراد به الثمن والمثمن " ط١٩٧٨/٢ .

الشافعية : مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣٢٣/٢ "في كتاب البيع : وأركانه كما في المجموع ثلاثة ....".

الحنابلة : كشاف القناع للبهوتي ٤٥٩/٢ ، باب كتاب البيوع : " ثم البيع ثلاثة أركان : عاقد ، ومعقود عليه ، وصيغة " .

أما إذا عرف العقد على مقتضى المشهور الغالب ، وهو أن العقد لا يكـــون إلا بـــالمعنى الخاص ، فلا بد لانعقاده من عبارتين تدلان على توافق الإرادتين ، وهما في اصطلاح الفقـــهاء الإيجاب والقبول [1].

أما في القانون فأركان العقد ثلاثة وهي : الرضاء والمحل والسبب ، أمـــا العـــاقدان فهما من لوازم العقد إذ يلزم من تطابق الإرادتين وجود عاقدين [2].

وقد حصر الدكتور عبد الرزاق السنهوري أركان العقد في ركنين فقـــال : " للعقـــد ركنان : التراضي والسبب ، لأن العقد يقوم على الإرادة ، أي تراضـــي المتعـــاقدين ، ثم الإرادة يجب أن تتجه إلى غاية مشروعة ، وهذا هو السبب ، أما المحل فهو ركـــــن في الالـــتزام لا في العقد ، لكن أهميته لا تظهر إلا في الالتزام الذي ينشأ من العقد " [3].

*** *** *** ***

---

[1] - الملكية ونظرية العقد ، للشيخ محمد أبي زهرة /١٨٢ .

[2] - انظر : القانون المدني السوري ، المواد من ٩٢ حتى ١٣٨ .

[3] - إن محل الالتزام غير التعاقدي يتولى القانون تعيينه ، فليس ثمة احتمال أن يكون غير مستوف للشروط ، أما محـــل الالتزام التعاقـــدي فإن المتعاقدين هما اللذان يقومان بتعيينه فوجب أن يراعيا استيفاءه للشروط التي يتطلبـــها. الوســـيط ١٨٢/١ .

المبحث الثاني

صيغـــة العقـــد[1]

لا ريب في أن أساس العقد هو توجه إرادة كل من طرفيه لإنشائه وإبرامـــه [2] ، ولمـــا كانت إرادة الإنسان هي أمر باطن في نفسه فلا يمكن أن يدور الحكم عليها في إنشاء الالتزامـــات والعقود ما دامت مستكنة لم تظهر ، بل يبنى الحكم على مظهر هذه الإرادة من قول أو فعـــل يدل عليها .

والسبيل الطبيعي للتعبير عن نية النفس وإرادتها هو القول قبل أي سبيل آخر من سـبل التعبير وهي : الإشارة والرسالة والكتابة والفعل (المعاطاة في البيع والشراء) ، إذ إن القول هـو الأكثر استعمالاً في العقود بين الناس لسهولته وقوة دلالته ووضوحه ، فيلجأ إليه متى كان العاقد قادراً عليه ، وبأي لغة يفهمها المتعاقدان .

وما يصدر عن المتعاقدين من قول أو فعل يعبر عنه الفقهاء بالإيجاب والقبول ، وهو مـــا يعرف " بصيغة العقد " .

فصيغة العقد : هي كلام أو فعل يصدر من المتعاقدين يدل دلالة واضحة لغة أو عرفاً على توجـه إرادتهما الباطنة نحو نوع العقد المقصود لهما ، لأن العقود يختلف بعضها عن بعض في الموضـــوع والأحكام ، فإذا لم يعرف بيقين أن العاقدين قد قصدا عقداً بعينه لا يمكن إلزامـــهما بأحكامـــه الخاصة به .

ولا يشترط في انعقاد العقد في الأصل لفظ خاص ولا صيغة معينـــة [3] ، بـــل جعـــل الشارع كل عبارة من حقيقة أو مجاز ، صالحة في كل عقد متى أعربت عن معناه النوعي المقصود ،

---

(1) – صيغة العقد هي أحد أركانه الأساسية عند الجمهور ، وهي الركن الوحيد عند الحنفية . وقد آثرت بحثها في مبحـث مستقل لما لها من أهمية في البحث ولما يتعلق بها من أحكام فقهية عديدة أشير إلى بعضها ، وأتوسع في شرح بعضـــها الآخر .

(2) – هذا إذا كان العقد بالمعنى المستعمل الشائع ، وإلا فالأساس هو إرادة المنشئ للتصرف .

(3) – باستثناء عقد النكاح ، إذ لا يصح إلا بلفظ النكاح والزواج ومشتقاتهما ، كما ذهب إليه الشافعية والحنابلـة . قـال الخطيب الشربيني : " ولا يصح إلا بلفظ ما اشتق من لفظ التزويج أو الإنكاح ، دون لفظ الهبة والتمليـــك ونحوهمـا –

ومتى كانت تدل على الرضا المتبادل بحسب أعراف الناس وعاداتهم ، لأن قوام أو أساس عقود المعاوضات المالية الرضا لقوله تعالى : ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُم ...)) [النساء / ٢٩] . ولا شك أن التجارة تشمل كل عقود المعاوضات .

ولما كانت صيغة العقد تقوم أساساً على الإرادة التي هي القوة المولدة للعقد سأبحث في المطلب الأول : في الإرادة العقدية وصلتها بالباعث .

وفي المطلب الثاني : أبحث في عنصري الاختيار والرضا اللذين تتألف منهما الإرادة ،ثم أبين اتجاهات الفقه الإسلامي في تفسير الرضا .

أما المطلب الثالث : فسأخصصه لبحث ألفاظ العقد ، إذ إنها هي الأمر الحسي الذي ينبئ عن المعاني النفسية (القصد والاختيار والرضا) ، فالعبارات هي الأصل في الدلالات على الأشياء واللسان خلق معبراً عن الجنان .

المطلب الأول : الإرادة العقدية

الإرادة هي القوة المولدة للعقد ، فالعقد لايقوم إلا بتوافق إرادتين على وجه مشروع ينتج أثره الشرعي ، وهو الالتزام المطلوب للمتعاقدين ، فالإرادة هي الركن الأساسي لتكوين العقد بل وكل التصرفات الشرعية ، إلا أنها تنقسم إلى قسمين : إرادة ظاهرة ، وأخرى باطنة [1].

الإرادة الباطنة : هي النية والقصد ، وهي الإرادة الحقيقية التي لا يُطَّلع عليها ، و يرجع إليها تحريك الآثار الشرعية المترتبة على العقد أو التصرف فللنية تأثير شرعي في وصف ما تصاحبه

=كالإحلال والإباحة " مغني المحتاج ٢٢٧/٣ (فصل في أركان النكاح) ، وقال الحجاوي : " لايصح إيجاب إلا بلفظ أنكحت أو زوجت .. ولا يصح قبول .. إلا بقبلت تزويجها أو نكاحها .." الإقناع ١٦٧/٣ ، وكشاف القناع ٣٦/٣ (باب أركان النكاح وشروطه) . أما الحنفية والمالكية فلا يشترطون في عقد النكاح هذين اللفظين ، فيصح عندهم بكل لفظ يدل على التأبيد مدى الحياة ، كأنكحت وزوجت وملكت وبعت ونحوها إذا قرن بالمهر ودل اللفظ على الزواج حاشية ابن عابدين ٤١٣/٢(مطلب : التزوج بإرسال كتاب) ومواهب الجليل ٤١٩/٣– ٤٢١(ركن عقد النكاح) .

(1) – من مصطلحات رجال القانون : نظرية الإرادة الظاهرة ، ونظرية الإرادة الباطنة ، وهذان التعبيران لا نظير لهما في كتب الفقه الإسلامي ، وإنما هما من مستحدثات التعبيرات ومما ورد على ألسنة رجال القانون ، ولا مانع من توضيح المراد منهما من موقف الفقه الإسلامي .

من الأفعال والتروك ، فإن صاحبت فعلاً أو تركاً صبغته بصبغة وأكسبته صفة يترتب عليها حكم شرعي بحسبها .

الإرادة الظاهرة : وهي الصيغة (الإيجاب والقبول) أو ما يقوم مقامها (كالتعاطي) ، ويرجع إليها الفضل في إبراز ما في النفس من بواعث ومقاصد ، فهي العامل في العقد دون حاجة إلى البحث عن الإرادة الحقيقية الباطنة ما دامت مستورة ولا يوجد دليل ينفيها ، فتبقى هي السيدة في البيان ، وتثبت بها أحكام العقد التي تعتبر عندئذ هي العامل في أصل انعقاده وفي تحديد حدوده وقيوده [1].

والعلاقة بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة : هي أن الباطنة تمثل جوهر التصرف ، أما الظاهرة فلا تخرج عن كونها الرداء الذي يتدثر به ذلك الجوهر ويعرف به ، فالثانية دالة على الأولى ولا بد من وجود الإرادتين معاً لأن وجود إحداهما على انفراد لا يكون له أي أثر في وجود العقد أو التصرف ولا في ترتب آثاره .

- **انفراد الإرادة الباطنة :** لا ينعقد العقد بمجرد النية أو الإرادة الباطنة ولو اتفق الطرفان على وجود نيتهما ، فالطلاق أو الوقف لا يصح بمجرد نيته مُطلِّقاً أو واقفاً .

ويكاد الفقهاء المسلمون يجمعون على ضرورة إظهار الإرادة كشرط لإنتاجها لحكمها الشرعي ، ولا يشذ عن هذا الاتجاه إلا قول في المذهب المالكي [2] يذهب إلى إنتاج النية الباطنة لأثرها الشرعي في بعض التصرفات ولو لم تفصح عن نفسها بتعبير خارجي ذي قيمة شرعية موضوعية ، ولعل هذا الاتجاه الذي يسعى إلى احترام الإرادة العارية عن أي ثوب خارجي يعبر عن اتجاه المذهب المالكي العام أو احترام الإرادة الحقيقية [3].

---

(1) - المدخل الفقهي العام ، الزرقا ٢٤٨/١ .

(2) - الموافقات ، الشاطبي ٣٦١/٢ وما بعدها .

(3) - التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، د . سوار /٣٧- ٣٨ / .

ويستند الفقهاء عادة في اشتراطهم لظهور الإرادة إلى الحديث الشريف : " إن الله تجاوز لي عن أمتي ماوسوست به صدورهاما لم تعمل أو تَكَلَّم " ، وفي رواية " ما حدثت به أنفسها"[1] .

فالإرادة لا تعتبر موجودة شرعاً إلا إذا ظهرت ، وإذا لم تجتز عتبة النفس لا يمكن للشرع أن يرتب عليها أي أثر[2] ويصدق هذا في العقد ، حيث لا يقوم إذا ظلت الإرادتان في حالة داخلية محضة ، وفي كل تصرف أحادي يستبد به صاحبه كالطلاق والرجعة والنذر والإيلاء .

---

(1) - متفق عليه أخرجه البخاري في صحيحه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه في كتاب العتق ، باب : الخطأ والنسيان في العتاقة والطلاق ونحوه رقم (٢٥٢٨) بلفظه ، وفي كتاب الأيمان والنذور ، باب :إذا حنث ناسياً في الأيمان رقم (٦٦٦٤) وفي كتاب الطلاق ، باب : الطلاق في الإغلاق ... رقم (٥٢٦٩) ، وأخرجه مسلم في صحيحه ، في كتاب الإيمان باب : تجاوز الله عن حديث النفس والخواطر بالقلب إذا لم تستقر رقم (١٢٧) . وعلى الرغم من أن هذا الحديث كما يدل عليه ظاهره ، قد تناول المسؤولية الأخروية فقد ارتكز عليه الفقهاء لإيجابهم لظهور الإرادة ، وكان لاختلافهم في فهم الحديث أثر في اختلافهم في تقرير ضرورة ظهورها . قال ابن حجر في شرح الحديث : " وظاهر الحديث أن المراد بالعمل عمل الجوارح لأن المفهوم من لفظ " ما لم تعمل " يشعر بأن كل شيء في الصدر لا يؤاخذ به سواء توطن به أم لم يتوطن " فتح الباري ١١/٥٦٠ .

(2) - قال تاج الدين السبكي (٧٧١ هـ) في كتابه " منع الموانع عن جمع الجوامع " : " الواقع في النفس من متعلقات المعاصي خمس مراتب : الأولى : الهاجس : وهو ما يلقى بها ، ولا مؤاخذة به بالإجماع ، لأنه ليس من فعل العبد ، وإنما هو وارد لا يستطيع دفعه ، والثانية : جريانه فيها وهو الخاطر ، والثالثة : حديث نفسه وهو ما يقع من التردد ، هل يفعل أم لا ؟ وهذا مرفوع بقوله ﷺ : " إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تتكلم أو تعمل " ، فإذا ارتفع حديث النفس ارتفع ما قبله بطريق أولى . قال المحققون : وهذه المراتب الثلاث أيضاً لو كانت في الحسنات لم يكتب له بها أجر ، أما الأولى فظاهرة ، و أما الثانية و الثالثة فلعدم القصد .

والرابعة : الهم وهو ترجيح قصد الفعل ، يقال : هممت بالأمر ، أي قصدته بهمتي وهو مرفوع للحديث ..

والخامسة : العزم ، وهو قوة ذلك القصد والجزم به ، فالعزم لغة الجد وعقد القلب ، وهنا دقيقة نبهنا عليها في جمع الجوامع ، وهي : أن عدم المؤاخذة بالهم وحديث النفس ليس مطلقاً بل بشرط عدم التكلم أو العمل حتى إذا عمل يؤاخذ بشيئين : همه وعمله ، ولا يكون همه مغفوراً وحديث نفسه إلا إذا لم يعقبه العمل ، هذا هو ظاهر الحديث " . أما العزم فإنه مؤاخذ به عند المحققين ، وذهب بعضهم إلى أنه مرفوع كالهم ، والصحيح الأول ، لقوله ﷺ : ((إذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار " قالوا : يا رسول الله ، هذا القاتل ، فما بال المقتول ؟ قال : " لأنه كان حريصاً على قتل صاحبه ... " متفق عليه ، فعلّل بالحرص ، وللإجماع على المؤاخذة بأعمال القلوب كالحسد ، وهذا بخلاف الهم ، فإن الحديث الصحيح يشهد بأن من هَمَّ بالسيئة لم تكتب عليه ، فهذا الفارق بينهما حكماً. منع الموانع على جمع الجوامع ، السبكي ٢٧١/ وما بعدها تحقيق د . سعيد الحميري ، دار البشائر الإسلامية ط ١٤٢٠/١ - ١٩٩٩ - بيروت . ونظم بعضهم هذه المراتب فقال :

مراتب القصد خمس هاجس ذكروا   فخاطر فحديث النفس فاستمعا

يليه هم وعزم كلها رفعت   سوى الأخير ففيه الإثم قد وقعا

ويعتبر الظهور حاصلاً عندما ينفصل شيء عن صاحب التعبير ويكتسب حياة مستقلة وينتج أثره الشرعي [1].

قال ابن عابدين في " الحاشية " : " بمجرد النية لا ينعقد البيع " [2].

وعند المالكية قال الحطاب رحمه الله : " ولا يلزم البيع بالنية " [3].

وقال الإمام الشافعي رحمه الله : " والنية لا تصنع شيئاً وليس معها كلام " [4].

أما ابن القيم رحمه الله فقد أفاض في الموضوع وقال تحت عنوان " وضعت الألفاظ لتعريف ما في النفس " : " إن الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفاً ودلالة على ما في نفوسهم ، فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئاً عرفه بمراده وما في نفسه بلفظه ، ورتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ ، ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل أو قول ولا على مجرد الألفاظ ، مع العلم بأن المتكلم بها لم يرد معانيها ولم يحط بها علماً ، بل تجاوز للأمة عما حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تتكلم به ، وتجاوز لها عما تكلمت به مخطئة أو ناسية أو مكرهة أو غير عالمة به إذا لم تكن مريدة لمعنى ما تكلمت به أو قاصدة إليه ، فإذا اجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم .

هذه قاعدة الشريعة ، وهي من مقتضيات عدل الله وحكمته ورحمته ، فإن خواطر القلوب وإرادة النفوس لا تدخل تحت الاختيار ، فلو ترتبت عليها الأحكام لكان في ذلك أعظم حرج ومشقة على الأمة ، ورحمة الله تعالى وحكمته تأبى ذلك " [5].

فلا بد من التعبير عن الإرادة ليكون ذلك دليلاً على وجود الإرادة الباطنة ، ويؤيد ذلك ما جاء في نصوص الفقهاء ، فقد جاء في " الروض النضير شرح مجموع الكبير ": " قال بعض المحققين : ولما كان البيع وغيره من المعاملات بين العباد أموراً مبنية على فعل قلبي ، وهو طيبة النفس ورضا القلب ، وكان ذلك أمراً خفياً، أقام الشرع القول المعبر عما في النفس مقامه

---

(1) - التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي /٣٩ .

(2) - حاشية ابن عابدين ١٨/٤ (مطلب في بيع الاستجرار) .

(3) - مواهب الجليل ٢٣٩/٤ .

(4) - الأم ١٢١/٤ (باب الوصية لوارث) ، دار الفكر ط /١٤١٠ بيروت .

(5) - إعلام الموقعين ٨٧/٣ .

وناط به الأحكام ، على ما اعتيد من إقامة الأمور الظاهرة المنضبطة مقام الحكم الخفية في تعليق الأحكام بها" [١].

وجاء في " تهذيب الفروق " : " وإن كان وصفاً خفياً أو غير منضبط أقيمت مظِنَّتــه[٢] مقامه ، أما الخفي الذي لايطلع عليه ، فكالرضا في انتقال الأملاك لقوله ﷺ : " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه " [٣] ، فإن الرضا لما كان أمراً خفياً جعلت الصيغ والأفعال في بيع المعاطاة قائمة مقامه لأنه يظن عندها ، وألغي الرضا إذا انفرد عنها " [٤].

- **انفراد الإرادة الظاهرة** : إذا وجدت الإرادة الظاهرة وحدها لم تُفِد شـيئاً ، لأن هـذه الإرادة هي الدليل المعبر عما في النفس ، فإذا لم توجد إرادة باطنة لم تكن في الظاهر دلالة على شيء ولم يكن لـها أي أثر في وجود العقد ، كالعبارة الصادرة عن غير المميـز والنائـم والمجنون ، وهذا ما يسمى بصورية العقد .

وتتحقق الإرادة الظاهرة بالإيجاب والقبول [٥] ، أما الإرادة الباطنـة فتتحقق بالرضـا والاختيار [٦].

فحتى يكون للإرادة أثر في تكوين العقد لابد من أن توجـد الإرادة الظـاهرة والإرادة الباطنة معاً ،فإذا توافقت الإرادتان وتوافرت كل الشروط المعتبرة فيها تم العقد وترتبت آثـاره ولا يوجد أي إشكال ، إنما يثور الإشكال حينما تكون الإرادة الظاهرة مخالفـة للإرادة الباطنة ، أي يكون التعبير غير مطابق لما قصدته الإرادة ، فتختلف الإرادة عن مظهرها ، وفي هذه الحالة إما أن يؤخذ بالإرادة الحقيقية (الباطنة) دون المظهر ، وهذا ما يعرف بنظرية الإرادة الباطنـة ،

---

[١] - الروض النضير للصنعاني ٢٠٥/٣ (كتاب البيوع) ط / دار الجيل ، بيروت .

[٢] - تطلق المَظِنَّة : على الوجه المبهم من وجهي العلة ، وعليها وحدها تقع مهمة تعريف الحكم ، وإذا شُبهت العلـة بقطعـة النقود كان الوجه الخفي من هذه القطعة الذي لا يبدو للناظر هو الحكمة ، وكان الوجه الآخر الظاهر والمظهـر لقيمـة القطعة المالية هو المظنة . انظر : التعبير عن الإرادة د . سوار /٥٢ الفقرة /٥٥/ .

[٣] - رواه الهيثمي في مجمع الزوائد ، كتاب البيوع ، باب : الغصب وحرمة مال المسلم ١٧٢/٤ من حديث أبي حُـرَّة الرَّقاشي عن عمه ، وقال : " رواه أبو يعلى ، وأبو حُـرَّة وثقه أبو داود وضعفه ابن معين " .

[٤] - تهذيب الفروق و القواعد السنية في الأسرار الفقهية للشيخ محمد علي المكي المالكي (الفرق الثـامن والتسـعون) المطبوع مع الفروق .

[٥] - للإيجاب والقبول أحكام وشروط متعددة لا بد منها لانعقاد العقد لا مجال للتفصيل فيها هنا .

[٦] - سأفرد مطلباً لبيان الرضا وأساسه واتجاهات الفقه الإسلامي في تفسيره .

وهو نتيجة للأخذ بمبدأ سلطان الإرادة ، أو يؤخذ بمظهر الإرادة الظاهرة دون الإرادة الحقيقية ، وهذا ما يعرف بنظرية الإرادة الظاهرة ، وهي تتفق مع ضرورة استقرار المعاملات على أساس أن الناس قد اطمأنوا إلى المظهر الذي ظهرت به الإرادة .

- **حالات الخلاف بين التعبير والإرادة أو بين الإرادة الظاهرة والباطنة :**

ليس التلازم بين الإرادة الظاهرة والباطنة تلازماً ضرورياً ، بل قد تنفك إحداهما عن الأخرى ، هذا الانفكاك قد يكون وليد انعدام الإرادة أصلاً ، وقد يكون قصدياً ، وقد يكون غير قصدي [1].

أولاً : حالة انعدام الإرادة :

آ- **عبارة المجنون وغير المميز والنائم والمغمى عليه** : انعقد إجماع الفقهاء المسلمين على إبطال التصرفات الصادرة منهم ، فلا أثر لها مطلقاً لانتفاء إرادة القصد إلى إنشائها ، ودليلهم حديث النبي ﷺ : " رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق وعن الصبي حتى يكبر " [2].

وعلل الشاطبي رحمه الله إبطالها بقوله : " الأحكام الخمسة إنما تتعلق بالأفعال والتروك بالمقاصد، فإذا عريت عن المقاصد لم تتعلق بها ، والدليل ... ما ثبت من عدم اعتبار الأفعال الصادرة من المجنون والنائم والصبي والمغمى عليه ، وأنها لا حكم لها في الشرع بأن يقال فيها : " جائز أو ممنوع أو واجب أو غير ذلك " كما لا اعتبار بها من البهائم " [3].

ب - **عبارة السكران** : للفقهاء من تصرف السكران موقفان : عند المالكية والحنابلة :لا تعتبر تصرفاته لعدم توفر القصد الصحيح عنده ، فلا يصح بيعه و شراؤه و عقوده وطلاقه و سائر

---

(1) - هذه الحالات الثلاث أفاض فيها د . وحيد الدين سوار في كتابه " التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي تحت عنوان " النظرية العامة للخلاف بين التعبير و الإرادة " من الصفحة ٣٧٠ إلى ٤٦٨ .

(2) - أخرجه أبو داود في سننه في كتاب الحدود ، باب : في المجنون يسرق أو يصيب حداً رقم (٤٣٩٨) بلفظه ، والنسائي في سننه ، في كتاب الطلاق ، باب : من لا يقع طلاقه من الأزواج رقم (٣٤٣٢) ، وابن ماجه في سننه في كتاب الطلاق ، باب : طلاق المعتوه والنائم والصغير رقم (٢٠٤١) ، وابن حبان في صحيحه في كتاب الإيمان ، باب التكليف رقم (١٤٢) .

(3) - الموافقات ١٤٩/١ (المسألة السادسة من كتاب الأحكام) .

أقواله [1] لكن المشهور عند المالكية وبعض الحنابلة [2]: نفوذ طلاق السكران .

أما الحنفية [3] والشافعية [4] ففرقوا بين ما إذا كان السُّكْر بمباح فلا تعتبر أقواله ولا أثر لعبارته لعدم تحقق القصد منه ، وإن كان السُّكْر بمحرم يؤاخذ عقاباً وزجراً له ، فتصح عقوده وتترتب عليها آثارها .

ج – **عبارة الجاهل** : أو من لا يفهم ما يتلفظ به من عبارات : الأصل ألا تعتبر هذه العبارة ، إيجاباً أو قبولاً ، لأنها لا تعبر عن إرادة من صدرت عنه ما دام لا يفهم معناها [5].

إلا أن الحنفية خالفوا هذا الأصل في العقود ذات الطبيعة الخاصة لما لها من خطر فقالوا : إذا كان التصرف مما يستوي فيه الجد والهزل كالزواج والطلاق ، وعلم العاقدان أن اللفظ المستخدم ينعقد به التصرف وإن لم يعلما حقيقة معناه فينعقد به التصرف [6]. أما غير هذا النوع من العقود فلا قيمة فيه للتلفظ بتعبير لا يفهم له صاحبه معنى ، فلا يترتب عليه أي أثر شرعي [7].

---

(1) – قال الحطاب : " المعتمد في المذهب عدم انعقاد بيع السكران غير المميز .. "مواهب الجليل ٢٤٣/٤ (و شرط عاقده تمييز) ، وفي المغني لابن قدامة ٣٤٨/١٠ مسألة (١٢٥٣) "... فأما فيما له وعليه ، كالبيع و النكاح و المعاوضات ، فهو كالمجنون لا يصح له شيء وقد أومأ إليه أحمد " .

(2) – جاء في القوانين الفقهية لابن جزيّ : " وأما السكران فمشهور المذهب نفوذ طلاقه / ٢٢٩ (أركان الطلاق) دار الكتاب العربي ط ٢ /١٩٨٩ بيروت ، وقال الحجاوي في الإقناع : " ويقع طلاق من زال عقله بسكر ونحوه " ٣/٤ كتاب الطلاق .

(3) – قال ابن عابدين رحمه الله في الحاشية : " إن كان سكره بطريق محرم لا يبطل تكليفه ، فتلزمه الأحكام وتصح عباراته من الطلاق والعتاق والبيع والإقرار ... لأن العقل قائم ، وإنما عرض فوت فهم الخطاب بمعصيته " ٦٥٤/٢ (مطلب : في تعريف السكران وحكمه) .

(4) – قال في نهاية المحتاج : " ويصح بيع السكران المتعدي بسكره ... " ٣٧٥/٣ (الركن الثاني ، العاقد) .

(5) – قال ابن القيم رحمه الله : " لو قال الأعجمي لامرأته أنت طالق وهو لا يفهم معنى هذه اللفظة لم تطلق ، لأنه ليس مختارا للطلاق ، فلم يقع طلاقه كالمكره ، ... لأنه لا يصح منه اختيار ما لا يعلمه " إعلام الموقعين ٥٧/٣ ،و قال في نهاية المحتاج : " لو لفظ عجمي به – أي الطلاق – بالعربية ، ولم يعرف معناه لم يقع " ٤٣٤/٦ (كتاب الطلاق ، فصل : بعض شروط الصيغة) .

(6) – انظر :حاشية ابن عابدين ٦٥٧/٢ (مطلب في الحشيشة والأفيون والبنج) .

(7) – قال الحصكفي رحمه الله في الدر المختار : " ولا يشترط العلم بمعنى الإيجاب والقبول فيما يستوي فيه الجد والهزل إذا لم يحتج لنية ، به يفتى " ٢٦٦/٢ (كتاب النكاح) . عقب على مذهب الحنفية د . محمد يوسف موسى في كتابه " الأموال ونظرية العقد " / ٢٦١ فقال : " ونحن نقول : إنه لخطر عقد الزواج ولما يقوم عليه من حياة خاصة

ثانياً : حالة الاختلاف غير المقصود بين التعبير والإرادة :

آ- الخطأ في التعبير أو سبق اللسان [1]: كأن يصدر عن المتعاقد تعبير غير مقصود عند مباشرة تعبير مقصود سواه . والتعبير غير المقصود : هو الإرادة الظاهرة التي زل بها اللسان أو القلم دون أن تتجه الإرادة الحقيقية إليها .

وقد اختلفت مواقف الفقهاء بشأن مسألة الخطأ في التعبير ، فقال الحنفية : بصحة عبارة المخطئ والناسي سداً لذريعة ادعاء الخطأ والنسيان ، لأن الإرادة أمر باطني لا تعرف إلا بما يصدر عن صاحبها من قول أو فعل يدل عليها ، فإن قبلنا دعوى الخطأ في التعبير ممن يدّعيه فربما كان هذا عوناً ظالماً منا على إضاعة حق من ثبت له الالتزام بما صدر عن الطرف الآخر من تعبير ، فانحازوا إلى جانب الإرادة الظاهرة [2].

أما الشافعية فقد ألحقوا المخطئ الذي تلفظ خطأ بتعبير كان يريد التلفظ بغيره فسبق لسانه للأول بأولئك الذين لا يدركون ولا يعون ما يقولون . فقالوا بعدم ترتب أي أثر على

=ونظام الأسرة ، يجب ألا نأخذ بها الرأي ، بل يشترط أن يكون الموجب والقابل كلاهما فاهمين لما يصدر منهما وقاصدين لإنشاء العقد حقاً ، ومن أجل ذلك لا نستطيع أن نوافق على ما ذكرناه عن هذه الكتب المعتبرة في المذهب وليست هذه المسألة من قبيل العقد هازلاً ، لأن الهازل يعرف معنى ما يقول إلا أنه لا يعنيه " دار الفكر العربي ط ١٤١٧/ مدينة نصر ، وكلامه هذا صحيح في غير حالة الهزل .

[1] - هو لفظ مرادف للخطأ ، ولكنه يقتصر على التعبيرات اللفظية فقط ، والحقيقة أنه يوجد نوعان من الخطأ أو الغلط كما يسميه علماء القانون : الغلط في التعبير أو الغلط الذي يعيب الإرادة ، والمسمى بالغلط الدافع إلى التعاقد ، والفارق كبير بين النوعين من حيث الطبيعة ومن حيث الأثر .

- فمن حيث الطبيعة : إن الإرادة الظاهرة تختلف اختلافاً تاماً عن الإرادة الباطنة في الغلط في التعبير . أما الغلط الدافع إلى التعاقد فالاتفاق لا تنفصم فيه الإرادة الظاهرة والباطنة ، كأن يعتقد شخص غلطاً أن لوحة ما من عمل فنان مشهور ، فيعبر عن إرادته في شراء تلك اللوحة بالذات ، فإن هذا التعبير لا يختلف عن الإرادة الباطنة في شيء .
- ومن حيث الأثر : إن الغلط في التعبير يستتبع بطلان التصرف لدى المذهب الشافعي ، وفساده لدى الحنفية . أما الغلط الدافع إلى التعاقد فيستتبع منح العاقد الذي وقع في الغلط خيار الرؤية أو خيار العيب . انظر : التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي د . سوار /٤٢١ .

[2] - الأموال ونظرية العقد ، محمد يوسف موسى /٢٦٣ . وانظر : حاشية ابن عابدين ٦٥٦/٢ ،وكشف الأسرار شرح المصنف على المنار للنسفي ٥٦٨/٢ (وصح طلاقه - أي الخاطئ) . دار الكتب العلمية ط١/ ١٩٨٦ بيروت . وتيسير التحرير لأمير بادشاه ٣٠٦/٢-٣٠٧ (ويقع طلاق المخطئ خلافاً للشافعية) ط / دار الكتب العلمية ، بيروت .

خطئه اللساني ، فلا ينشأ عنه عقد أو التزام ، فهم يعتدون في هذه الحالة بالإرادة الباطنة لوجود قرينة خلاف أصلهم في الأخذ بالإرادة الظاهرة [1].

وهذا الخلاف بين الشافعية والحنفية يرى أيضاً فيما يصدر من المتعاقدين ، من تعبيرات غفلة وسهو أو نسيان . فقد رتب الحنفية عليها آثارها الشرعية [2]، وأهملها الشافعية فلم يجعلوا لها أي وزن أو تقدير [3] ، وذهب المالكية [4] والحنابلة [5] كمذهب الشافعية في وجوب الاعتداد بالإرادة الباطنة في كل حال يتيقن فيها من وجود هذه الإرادة ، وكذلك الظاهرية [6].

ب - **الإكراه :** قد تصدر عن العاقد أو المتصرف عبارة يعلم أنها تفيد الالتزام وإنشاء العقد ، ولكن كان مكرهاً على التلفظ بها ، أي أنه لم يرض بترتب الآثار عليها ، فمن الحق عدم ترتيب أي أثر على ما يقول أو يفعل ، فلا ينشأ عنه أي عقد أو التزام ، لأن إرادته الحقيقة موجودة لكنها معيبة [7] . وهذا ما قال به الجمهور من أن جميع

---

(1) - قال في نهاية المحتاج : " ولو سبق لسانه بطلاق بلا قصد لغا كلغو اليمين ... " ٤٣٢/٦ (كتاب الطلاق ، فصل في بعض شروط الصيغة والمطلِّق) ، وانظر: الوسيط للغزالي ٣٨٥/٥ (اختلال القصد بخمسة أسباب ، السبب الأول : سبق اللسان) .

(2) - قال في متن التنقيح لصدر الشريعة : " إن الأصل أن لا تعتبر الأعمال إلا وأن تكون صادرة عن العقل بلا سهو وغفلة ، وأما إذا كانت صادرة عن سهو وغفلة يجب أن لا تعتبر ، ولا يؤاخذ الإنسان بها لقوله تعالى : " ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا " ، ولأن السهو والغفلة مركوزان في الإنسان فيكونان عذراً "، ٣/ ٢٢٦ .

(3) - الأموال ونظرية العقد ، د . محمد يوسف موسى /٢٦٤ .

(4) - قال في القوانين الفقهية : " وإن طلق باللفظ دون نية كمن سبق لسانه إلى الطلاق ولم يرده لم ينفذ " /٢٣١ (في أركان الطلاق) .

(5) - قال ابن القيم : " إنَّ فعل الناسي والمخطئ بمنزلة فعل النائم في عدم التكليف به، ولهذا هو عفو لا يكون به مطيعاً ولا عاصياً " . إعلام الموقعين ٣٥٧/٤ (ظن الطلاق) وقال في موضع آخر : " الخطأ والنسيان و الإكراه والجهل بالمعنى وسبق اللسان بما لم يرده والتكلم في الإغلاق ولغو اليمين ، فهذه ... لا يؤاخذ الله بها عبده بالتكلم في حال منها ، لعدم قصده وعقد قلبه الذي يؤاخذه به .. " المرجع السابق (الأشياء التي لا يؤاخذ الله المكلف بها) ٨٨/٣ .

(6) - قال أبو محمد بن حزم " ومن طلق وهو غير قاصد إلى الطلاق لكن أخطأ لسانه فإن قامت عليه بينة قضي عليه بالطلاق ، وإن لم تقم عليه بينة لكن أتى مستفتياً لم يلزمه الطلاق " المحلى مسألة رقم (١٩٦٤) ١٠/ ٢٠٠ ، دار الآفاق الجديدة ، بيروت .

(7) - على أن ثمة من الفقهاء من يقرر انتفاء الإرادة حال الإكراه كالمذهب الشافعي .

عقود المكره وتصرفاته باطلة ، لافتقارها لأساس انعقادها وهو الرضا[1] ، وللحديث الشريف " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " [2].

أما الحنفية : فقد ذهبوا إلى أن الإكراه يؤثر في العقود المالية مثل البيع والإجارة والرهن ونحوها . إذ ينعقد العقد ولكنه فاسد عند البعض لتخلف الرضا وهو شرط صحة ، وتخلفه يوجب الفساد لا البطلان ، وموقوف على زوال الإكراه عند الآخر لتخلف الرضا وهو شرط صحة . قال الكاساني رحمه الله :" أما النوع الذي يحتمل الفسخ فالبيع والشراء والهبة والإجارة ونحوها ، فالإكراه يوجب فساد هذه التصرفات عند أصحابنا الثلاثة رضي الله عنهم ، وعند زفر رحمه الله ، يوجب توقفها على الإجازة كبيع الفضولي ، ووجه قولهم أن الرضا شرط البيع شرعاً ، ... والإكراه يسلب الرضا ، يدل عليه أنه لو أجاز المالك يجوز ، والبيع الفاسد لا يحتمل الجواز بالإجازة كسائر البياعات الفاسدة فأشبه بيع الفضولي هذه شبهة زفر رحمه الله ".[3]

أما العقود التي لله فيها حق كالزواج والطلاق والعتاق واليمين ، فإنها تقع صحيحة لا فاسدة ولا موقوفة ، لأنها وقعت صحيحة مع الهزل ، فكذلك مع الإكراه قياساً .[4]

---

(١) – فالمالكية يجعلون كل ما يصدر عن المكره من زواج أو طلاق أو يمين أو إقرار أو غير ذلك كله لغوا ولا أثر له،" التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق " ٤/٤٤-٤٦ المطبوع مع مواهب الجليل . ويشترط الشافعية والحنابلة في الإكراه حتى يبطل العقد : أن يكون من قادر بسلطان أو تغلب ، وأن يغلب على ظن المكره نزول الوعيد به إن لم يجبه إلى ما طلبه ، وأن يكون الوعيد بشيء ومؤلم كالقتل و الضرب الشديد . انظر : الروضة للنووي ٥٨/٨ المكتب الإسلامي ، والمغني لابن قدامة ٣٥٣/١٠ .

(٢) – أخرجه ابن ماجه في سننه في كتاب الطلاق ، باب : طلاق المكره والناسي رقم (٢٠٤٥) من حديث ابن عباس رضي الله عنه بلفظ :" إن الله وضع .. " قال البوصيري في " مصباح الزجاجة " : هذا إسناد صحيح إن سلم من الانقطاع ، والظاهر أنه منقطع " مصباح الزجاجة المطبوع مع السنن ٥١٤/٢ دار المعرفة ط١ /١٤١٦ ، وأخرجه ابن حبان في صحيحه ، في كتاب إخباره ﷺ عن مناقب الصحابة باب : فضل الأمة رقم (٧٢١٩) والحاكم في المستدرك من طريق آخر ، في كتاب الطلاق ، وقال : " هذا حديث صحيح على شرط الشيخين و لم يخرجاه ووافقه الذهبي ١٩٨/٢ . بلفظ : " إن الله تجاوز عن أمتي .... "

(٣) - بدائع الصنائع ١٨٦/٧ (كتاب الإكراه)

(٤) - انظر : شرح فتح القدير للكمال ابن الهمام ٣٩/٣ (كتاب الطلاق) :" وطلاق المكره واقع ... لأن الإكراه لا يجامع الاختيار الذي به يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل " ط / المكتبة التجارية الكبرى ، وانظر: حاشية ابن عابدين ٦٥١/٢ وما بعدها (مطلب في المسائل التي تصح مع الإكراه) .

ثالثاً : حالة الاختلاف المقصود بين التعبير والإرادة :

آ– **التعلم والتعليم** : قد يصدر عن الشخص عبارة تفيد الالتزام وهو بحالة وعي وإدراك تامين . أي أنه قصد العبارة ويفهمها لكنه لا يريد إنشاء أي التزام أو عقد بها ، من مثل ما يضطر إليه الذين يقومون بالفقه تعلماً وتعليماً ، فيردد الواحد منهم أحياناً – فيما يقرأ أو في درسه – عبارات من شأنها أن تفيد إنشاء التزام أو عقد .. هذه التعبيرات أو العبارات يهدرها الفقه فتعتبر باطلة لا يترتب عليها أي أثر ، لأن من تصدر عنه لا يقصد منها مطلقاً إنشاء أي عقد أو التزام ، وكذلك الحال بالنسبة للملقن الذي يلقن شخصاً تعبيراً بلغة لا يفهمها [1]، والممثل الذي يحكي رواية تمثيلية [2].

ب – **الهزل** : الهازل يدرك ما يقول إلا أنه لا يعنيه ولا يريد أن يرتب عليه أي أثر . أخذ الشافعية بالإرادة الظاهرة إلا إذا تضمنت الصيغة نفسها ما يؤيد دلالتها على الباطنة ، فعبارة الهازل صالحة لإنشاء العقود وترتيب الآثار عليها سواء في المعاوضات المالية كالبيع والإيجار ، أو في المعاوضات غير المالية [3]. وهذا على خلاف رأيهم في حالة الخطأ ، وذلك حتى لا يضطرب ما يجري بين الناس من عقود ومعاملات ، ومن ثم فهم لا يقيمون وزناً لما يزعمه أحد الطرفين من أنه كان هازلاً لا يعني ما تدل عليه عبارته من إنشاء التزام أو إبرام عقد .

---

(1) – هذا هو الرأي السائد ، إلا أن بعض الحنفية خالفوا في بعض العقود التي يستوي فيها الجد والهزل . قال في شرح فتح القدير : " لو لُقنت المرأة زوجت نفسي من فلان بالعربية ، و لم تعرف معناه بحضور الشهود ، وهم يعلمون معناه ، أو لا يعلمون صح النكاح كالطلاق وقُبل لا كالبيع " ٤٥/٣ (باب إيقاع الطلاق) وكذا في حاشية ابن عابدين " لو لَقَّنْتُهُ أي وهو يعلم معناه لفظ الطلاق بأن قالت : اقرأ علي : اعتدي أنت طالق ثلاثاً ففعل طلقت ثلاثاً في القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعلم الزوج و لم ينو " ٦٥٧/٢ (بتصرف) (مطلب في الحشيشة والأفيون والبنج) نقله عن البحر الرائق شرح كنـز الدقائق لابن نُجيم ٢٧٨/٣ (باب الطلاق) .

(2) – قال الأستاذ الزرقا : " لا يمكن أن يعتبر الزواج منعقداً بين الممثلين في هذه الحال بالنظر الشرعي لا قضاء ولا ديانة ، لأن التمثيل .... من قبيل الحكاية " المدخل الفقهي /٢٥٦ حاشية رقم (٢) .

(3) – قال النووي رحمه الله في " الروضة " : " الطلاق والعتاق ينفذان من الهازل ظاهراً وباطناً ... وينفذ أيضاً النكاح والبيع وسائر التصرفات مع الهزل على الأصح " ٥٤/٨ .

أما الجمهور [1] فقد فصلوا بين عقود المبادلات المالية وغيرها ، فالعقود المالية من بيع وهبة وعارية ووديعة وكل ما كان محله المال لا يترتب على عبارة الهازل بها أي أثر ، إذا قام الدليل على أن صاحبه كان هازلاً حقيقة لا جاداً ، لعدم تحقق الرضا أو القصد الذي تقوم عليه الإرادة .

أما في عقود الزواج والطلاق والرجعة واليمين فصححوا عبارة الهازل فيها ورتبوا عليها آثارها ، للحديث الشريف : "ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة " [2] وفي رواية : " العتاق " بدل " الرجعة " ، وفي رواية أخرى " اليمين " بدل " الرجعة " [3]،لأنها تصرفات خطيرة مشتملة على حقوق الله ، وهي ليست موضعاً للهزل والاستهزاء فهي من النظام الشرعي العام .

ومن صور الهزل بيع التلجئة[4]: وهو بيع صوري يلجأ إليه حين الاضطرار [5] . قال فيه الحصكفي رحمه الله :

---

[1] - وهم : - الحنفية ، قال ابن عابدين رحمه الله : " - طلاق - الهازل يقع قضاء وديانة ، لأن الشارع جعل هزله به جداً ، لأنه تكلم بالسبب قصداً " الحاشية ٦٥٧/٢ (مطلب في الحشيشة والأفيون والبنج) وانظر: كشف الأسرار للبخاري ٥٩٠/٤ وما بعدها (فصل الهزل من العوارض المكتسبة) دار الكتاب العربي ط٣ /١٤١٧ بيروت .

- والمالكية ، قال الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير للدردير : " هزل البيع ليس جداً ، إنما يكون الهزل جداً في النكاح والطلاق والرجعة والعتق " ٦/٣ (باب: ينعقد البيع بما يدل على الرضا) .

- والحنابلة ، قال ابن قدامة رحمه الله في المغني : " إذا عقد النكاح هازلاً أو تلجئة ،صح " ٤٦٣/٩ (كتاب النكاح) وقال ابن القيم رحمه الله : " وأما بيع الهازل وتصرفاته المالية فإنه لايصح عند القاضي أبي يعلى وأكثر أصحابه . وهو قول الحنفية والمالكية " ١٠١/٣ (فصل أقوال الفقهاء والحكمة في نفاذ حكم العقود على الهازل) ، وكذلك عند الظاهرية فهم يرون أنه لا أثر لقول المكرَه في الإكراه على الكفر والقذف والإقرار والنكاح والإنكاح والرجعة والطلاق والبيع والابتياع والنذر والأيمان والعتق والهبة . انظر : المحلى لابن حزم ٣٢٩/٨ مسألة (١٤٠٣).

[2] - رواه أبو داود في سننه عن أبي هريرة ، في كتاب الطلاق ، باب : في الطلاق على الهزل رقم (٢١٩٤) والترمذي في سننه ، في كتاب الطلاق ، باب : ما جاء في الجد والهزل في الطلاق رقم (١١٨٤) وقال أبو عيسى : هذا حديث حسن غريب ، والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ ، وأخرجه ابن ماجه في سننه في كتاب الطلاق ، باب : من طلق أو نكح أو راجع لاعباً رقم (٢٠٣٩) وصححه الحاكم قال : " وهذا حديث صحيح الإسناد و لم يخرجاه " ١٩٨/٢ (كتاب الطلاق) ، وقال الذهبي : فيه لين" .

[3] - انظر : ما أورده الحافظ ابن حجر رحمه الله من روايات الحديث الضعيفة في التلخيص ٣٠٩/٣- ٣١٠ .

[4] - التلجئة في اللغة : مأخوذة من لجأ يلجأ إليه ، وألجأه إلى الشيء : اضطره إليه ، والتلجئة : الإكراه ، وهي تفعلة من الإلجاء ، كأنه قد ألجأك إلى أن تأتي أمراً باطنه خلاف ظاهره . لسان العرب ، القاموس المحيط مادة (لجأ).

[5] - كشف الأسرار عن أصول البزودي للبخاري ٥٨٢/٤ .

" هو أن يظهر عقداً وهماً لا يريدانه يلجأ إليه لخوف عدو، وهو ليس ببيع في الحقيقة ، بل كالهزل " [١].

وصورته كما ذكره في " المجموع " : " أن يتفقا على أن لا يظهرا العقد إما للخوف من ظالم ونحوه ، وإما لغير ذلك ، ويتفقا على أنهما إذا أظهراه لا يكون بيعاً ، ثم يعقد البيع ، فإذا عقداه انعقد عندنا" [٢].

حكمه : ذهب الإمام أبو حنيفة [٣] والشافعي [٤] رحمهما الله إلى صحته ، معللَين أن البيع تم بأركانه وشروطه خالياً من مقارنة مفسد فصح ، فهم ومن تبعهم يأخذون بالإرادة الظاهرة دون الباطنة الحقيقية .

وذهب الحنابلة إلى بطلان هذا النوع من البيع ، لأنهما ما قصدا البيع فلم يصح منهما كما لو كانا كارهين [٥]. وبهذا قال الإمام أبو حنيفة في ظاهر الرواية ، وهو قول أبي يوسف ومحمد [٦] رحمهما الله ، وهو الصواب .

أما المالكية ، فإنهم لم يصرحوا في كتبهم ببيع التلجئة كغيرهم ، وإنما ذكروا بيع المكره والمضغوط وبيع الهازل [٧] .

ج – القصد غير المشروع : أي أن يقصد العاقد العبارة حسب وضعها اللغوي مع قصد أثر التعاقد لأجل الوصول بذلك إلى أمر محظور يناقض قصد الشارع ، فيتخذ من العقد المباح وسيلة لتحقيق غرض غير مباح شرعاً لا يمكن الوصول إليه إلا عن طريق هذا العقد ، كبيع السلاح لأهل الفتنة أو أهل الحرب ، وكبيع الدار أو استئجارها لاستعمال القمار أو للدعارة ، وكبيع العِينة ، وزواج المحلل ، فهذا نوع من التعاون على الإثم والعدوان .

---

(١) – الدر المختار المطبوع مع حاشية ابن عابدين ٣٧٩/٤ (كتاب البيوع ، مطلب في بيع التلجئة) . وأيضاً ما يفعله البعض في عقد الزواج من الاتفاق سراً على مهر معين ، ثم يذكرون جهراً حين العقد أمام الناس مهراً أكثر من الأول ، طلباً لحسن السمعة كما يزعمون .

(٢) – المجموع للنووي ٤٠٥/٩ .

(٣) – هذا ما رواه أبو يوسف عن الإمام ، انظر: بدائع الصنائع ١٧٦/٥ (كتاب البيوع ، بيع التلجئة) .

(٤) – المجموع للنووي ٩ /٤٠٦ .

(٥) – المغني لابن قدامه ٣٠٨/٦ قال : " بيع التلجئة باطل ولنا أنهما ما قصدا البيع فلم يصح منهما كالهازلين " .

(٦) – بدائع الصنائع ١٧٦/٥ دار الكتب العلمية ط ١٤٠٢/٢ مصورة عن ط/ القاهرة .

(٧) – انظر مواهب الجليل ٢٤٨/٤ .

فمن أخذ بالإرادة الظاهرة كالحنفية والشافعية قال : العقد صحيح لوجود أركانه وشروطه أما النية أو الباعث غير المشروع فمتروك أمرهما إلى الله سبحانه وتعالى .

ومن أخذ بالإرادة الباطنة كالمالكية والحنابلة قال : العقد باطل ، وليس للإيجاب والقبول أثر متى قام الدليل على هذا القصد غير المشروع ، وهو الصواب .

فنظرية الإرادة الباطنة تبحث في نفسية المتعاقد للوصول أو الوقوف على الإرادة الحقيقية التي دفعته للتعاقد ، أما التعبير المادي عن هذه الإرادة ، فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس .

أما نظرية الإرادة الظاهرة فإنها تقف عند التعبير عن الإرادة ، وتعدُّه الإرادة ذاتها ، إذ تعدُّه المظهر المادي المتصف بالصفة الاجتماعية ، و الشرع لا يعنيه إلا الظواهر المادية الاجتماعية دون الظواهر النفسية ، لأن التعبير عن الإرادة هو الشيء المادي الذي يقف عنده المتعاملون ويطمئنون إليه في تعاملهم .

ولكلا هذين الرأيين – تصحيح العقد أو إبطاله ، تبعاً للإرادة الظاهرة أو الإرادة الباطنة والقصد المستتر – تطبيقات عملية في أبواب البيع والإجارة والزواج ... وغيرها ، كبيع العصير لمن يتخذه خمراً ، زواج المحلل ، وبيع العِينة [1].

أولاً : بيع العصير لمن يتخذه خمراً : الحنفية والشافعية ، يعدُّون هذا البيع صحيحاً في الظاهر ، بناء على صحة العبارة وسلامتها ، ولا عبرة بما يقصده العاقد ، لأنه خفي غير مطلع عليه والنية يحاسب الله عليها ، أما الحنابلة والمالكية فيعدُّون العقد باطلاً إذا استدل على سوء القصد بالقرائن ، وهو الصواب .

ثانياً : بيع العِينة : وهو بيع يقصد به التعامل بالربا . وهو عند الإمام أبي حنيفة فاسد إن خلا من توسط شخص ثالث لا على أساس القصد غير المشروع ، بل على أساس آخر ، وذهب الإمام محمد بن الحسن إلى أنه بيع مكروه كراهة تحريم .

أما المالكية والحنابلة فيعدُّون هذا البيع باطلاً ، لأن هذا البيع يستعمل عادة حيلة للتوصل إلى هذا القصد ، فكان ذلك قرينة على وجود هذا القصد ، وبطل لذلك .

(١) – هذه أشهر ثلاث مسائل يوردها الفقهاء ، بصفتها تطبيقات على الباعث غير المشروع ، سأعرضها مجملة ، ويأتي تفصيلها في موضعها إن شاء الله .

وأما الشافعية فيعدّون هذا البيع صحيحاً لأن العبارة سليمة والنية خفية لم يصرح بها في متن العقد ، لكن يحاسب الله على النية الخبيثة .

ثالثاً : زواج المحلّل : الباعث على هذا الزواج هو تحليل الزوجة لمطلقها ، ولم يقصد به ما شرع له الزواج من الدوام والاستقرار . حكمه عند الإمام أبي حنيفة والإمام الشافعي رحمهما الله ، أنه عقد صحيح نافذ ما دام لم يشترط التحليل في العقد ، أما عند المالكية والحنابلة فالعقد باطل ، ولا يترتب عليه أثره الشرعي إذا دلت القرائن على هذا القصد غير المشروع ، وهو الصواب .

مما سبق ، تتضح الصلة بين الإرادتين الظاهرة والباطنة وبين الباعث ، فبما أن الباعث أمر نفسي ذاتي فهو يتصل بالإرادة الباطنة أوثق اتصال .

بناء على ذلك ، فإن الأخذ بالإرادة الباطنة معناه أن تحرر الإرادة من عيوبها وأن يعتد ببواعثها وغاياتها .

أما الأخذ بالإرادة الظاهرة فمعناه تجريد الإرادة من عيوبها ومن بواعثها وغاياتها ، ولا يبقى في مجال التعامل إلا هذه الإرادة الظاهرة المجردة ، ومن هنا ظهرت فكرة التصرف المجرد في القانون .

ويعرف التصرف المجرد عادة بأنه: التصرف الذي تتوقف صحته على التعبير عن الإرادة ، بغض النظر عن الإرادة الحقيقية ، أي أن ما يميز هذا التصرف هو قيام التعبير عن الإرادة صحيحاً دون النظر لاحتمال اختلافه مع الإرادة الحقيقية ، أي أنه يقع صحيحاً حتى ولو كان صورياً ، أو كان صادراً على سبيل المزاح أو المجاملة أو تحت تأثير الغلط أو الإكراه أو التدليس ، فهو تصرف نهائي لا يمكن إبطاله بحجة التمسك بالإرادة الحقيقية على فرض أنها تتجاوز التعبير أو تتعارض معه [1].

---

[1] – نظرية الصورية في القانون المدني ، سامي عبدالله /٥٥ مؤسسة البيادر للطباعة ١٩٧٧ .

المطلب الثاني : الأسس التي تقوم عليها الإرادة

للإرادة ، التي هي أساس العقد وقوامه، عنصران لا تتحقق بدونهما هما: الاختيار والرضا.

• الفرع الأول : تعريف الرضا والاختيار

أولاً : تعريف الرضا :

الرضا لغة : ضد السخط [1] ، جاء في "المصباح المنير" : رضيت الشيء اخترته ، وعرفه الجرجاني بأنه : " سرور القلب بمر القضاء "[2] .

والتراضي : مصدر تراضى ، وهو حقيقة في المشاركة . قال القرطبي في قوله تعالى : ((**إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ**)) [النساء /٢٩] :" أي عن رضى، جاءت من المفاعلة إذ التجارة من اثنين " [3]. فإذا كان العقد خالياً عن الرضا من الطرفين كان محرماً للنهي في الآية ، وهو يفيد بطلان العقد .

وعند الحنفية الرضا هو : " امتلاء الاختيار أي بلوغه نهايته ، بحيث يفضي أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها[4] . وبعبارة أخرى " الرضا : إيثار الشيء واستحسانه "[5].

أما الجمهور فعرفوه بأنه : " قصد الفعل دون أن يشوبه إكراه" [6].

ثانيا : تعريف الاختيار

الاختيار لغة : الاصطفاء [7] ، والإيثار والتفضيل .

وهو عند الحنفية : " القصد إلى أمر متردد بين الوجود والعدم ، داخل في قدرة الفاعل بترجيح أحد الجانبين على الآخر "، والصحيح منه أن يكون الفاعل في قصده مستبداً ، والفاسد منه أن يكون اختياره مبنياً على اختيار الآخر ، فإذا اضطر إلى مباشرة أمر الإكراه كان قصده في

---

[1] – لسان العرب ، مادة (رضي)

[2] – التعريفات /١١١ .

[3] – تفسير القرطبي ١٥٣/٥ (الجامع لأحكام القرآن) دار الكاتب العربي ط ١٩٦٧/٣ .

[4] – كشف الأسرار عن أصول البزدوي للبخاري ٦٢٨/٤ (الفصل السادس وهو الخطأ) .

[5] – تيسير التحرير ، لأمير بادشاه ٢٩١/٢ ، حاشية ابن عابدين ١٠/٤ (مطلب في حكم البيع مع الهزل) .

[6] هذا التعريف لم يصرح به الجمهور ، ولكنه يؤخذ من كتبهم بوضوح .

[7] – لسان العرب ، مختار الصحاح مادة (خير) .

المبـــاشرة دفع الإكراه حقيقة فيصير الاختيار فاسداً لابتنائه على اختيار المكره وإن لم ينعـــدم أصلا " [1].

وهو عند الجمهور : " القصد إلى الفعل وتفضيله على غيره "[2] .

في ضوء ما سبق : الرضا عن الحنفية أخص من الرضا عند الجمهور ، فمجرد القصـــد إلى تحقيق أثر في المعقود عليه يسمى رضا عند الجمهور ، وإن لم يبلغ الاختيار غايتـــه ولم يظـــهر السرور، في حين لا يسمى به عند الحنفية إلا إذا تحقق الاستحسان والتفضيل على أقل تقديـــر، ويمكن أن تحصل الإرادة دون رضا .

● **الفرع الثاني : اختلاف الفقهاء في تفسير الرضا وعلاقته بالاختيار**

أولاً : مذهب الحنفية : ذهب الحنفية إلى أن الرضا والاختيار شيئان مختلفان من حيث المعـــنى الاصطلاحي والآثار ، فالاختيار عندهم هو مجرد إرادة عابرة ، أو ما يقوم مقامها ، باعتبار أنهـــا سبب عادي لإنشاء العقد وأداة شرعية لوجوده ، سواء وجدت الرغبة في إنشـــاء العقـــد أم لم توجد ، ويتم الاختيار بترجيح فعل شيء على عدم فعله ، أو العكس .

فهو في العقود القصد إلى النطق بالعبارات التي تنشأ بها ما دام في استطاعته النطق بهـــا قاصداً لها متعمداً .

أما الرضا : فهو ارتياح النفس عن عمل ترغب فيه ، أو هو الرغبة في آثار العقـــد مـــن ترتب الحكم الشرعي عليه دون وجوده أو إنشائه .

فالرضا أخص من الاختيار وهو شامل له دون العكس ، فقد يوجد الاختيـــار دون الرضا ، كعقد الهازل والمكره ، إذ في كل منهما تحقق الاختيار دون الرضا وانعقـــد العقـــد فاسداً ، وينقلب صحيحاً إذا تحقق الرضا في الوقت المناسب [3].

أما إذا لم يتحقق شيء مـــن الرضا والاختيار كـــان العقد بـــاطلاً وتكون العبارة لغواً، كعبارة المجنون وغير المميز .

---

(1) - كشف الأسرار للبخاري ٦٣٢/٤ (فصل الإكراه) .

(2) - تيسير التحرير ٢٩٠/٢ .

(3) - وذلك بوجود خيار الشرط : وهو اشتراط أحد العاقدين أن يكون له حق الفسخ مدة معلومة فلا تلزمه آثار العقد في مدة الخيار .

أما إذا تحقق الرضا ، وهو ما يستتبع تحقق الاختيار حتماً ، فإن العقد يكون صحيحاً ، وهذا ما عبر عنه بقوله : " ما يكون الفاعل في قصده مستبداً أي مستقلاً " [١]، وهذا له علاقة عند الحنفية بتقسيمهم للعقود إلى عقد صحيح وباطل وفاسد [٢].

فخلاصة القول : إن مقتضى مذهب الحنفية أن الاختيار يتحقق مجرداً من الرضا ، وإن كان الرضا لا يمكن أن يتحقق من غير اختيار ، إذ الرضا اختيار كامل قد بلغ نهايته ، أو هو امتلاء الاختيار على حد تعبير صاحب "كشف الأسرار" [٣] .

بناء على هذه التفرقة بين الرضا والاختيار ، قال الحنفية : إن الرضا شرط لصحة العقود التي تقبل الفسخ ، وهي العقود المالية من بيع وإجارة ونحوها ، فهي لا تصح إلا مع التراضي ، وقد تنعقد العقود المالية لكنها تكون فاسدة ، كما في بيع المكره ، قال في " الهداية " : " لأن من شروط صحة هذه العقود التراضي "[٤] . فأصل العقود المالية أن تنعقد عند الحنفية بدون الرضا لكنها لا تكون صحيحة ، فينعقد بيع المخطئ نظراً إلى أصل الاختيار ، لأن الكلام صدر عنه باختياره – والاختيار شرط في الانعقاد – أو بإقامة البلوغ مقام القصد ، لكن يكون فاسداً لعدم الرضا حقيقة .

أما العقود التي لا تقبل الفسخ عندهم فالرضا ليس شرطاً لصحتها ، فيصح عندهم النكاح والطلاق والعتاق والرجعة ونحوها حتى مع الإكراه [٥] ، فأحكام هذه العقود توجد بمجرد وجود العبارات المنشئة لها .

إذاً ، الحنفية ينظرون في تكوين العقود إلى صورها ومظاهرها الحسية ، من غير اتجاه إلى النيات ، والرغبات المستكنة التي تدفع إلى القصود والغايات التي يرمي إليها العاقدون ، فإذا وجدت العبارات الحسية فقد وجد العقد ، أما الآثار فتلزم إن وجد رضا وإن لم يوجد رضا فبعض العقود يكون فاسداً ولا تترتب آثاره عليه ولا يقر الشارع العاقدين على وجوده ، بل

---

(١) – كشف الأسرار ، للبخاري ٤/٦٣٢ (فصل الإكراه) .

(٢) – التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، د . وحيد الدين سوار / ٤٤٥ . وانظر بشأن ما تقدم : الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة /١٩٩ وما بعدها .

(٣) – المرجع السابق / ٢٠٠ .

(٤) – الهداية ، للمرغيناني المطبوع مع تكملة شرح فتح القدير ٧/٢٩٣– ٢٩٤ .

(٥) – انظر ص / ١٢٠ من المطلب السابق .

يوجب فسخه وزواله أو الرضا به ، وبعض العقود ينعقد وتلزم آثاره وتتحقق بمجرد الوجود الحسي بالقصد إلى العبارة المنشئة للعقد والنطق بها [١].

ثانياً : مذهب الجمهور : لا يفرق الجمهور بين الرضا والاختيار ، بل اللفظان مترادفان متلازمان لا يوجد أحدهما بدون الآخر ، فالاختيار عندهم هو القصد إلى العبارة المنشئة للعقد ، إذ إن قصد العاقد بعبارته الدلالة أو الكشف عما في نفسه من رغبة في إنشاء العقد بغية الوصول إلى الآثار التي رتبها الشارع على ذلك وهذا هو الرضا ذاته ، فالأصل عندهم أنهما شرط في الانعقاد فإذا لم تتوافر في العبارة تلك الدلالة لم يكن ثمة اختيار للعقد ولا رضا به كعبارة الهازل والمكره ، لأن كلاً منهما لم يرغب في الآثار المترتبة على العقد .

إلا أن البعض ومنهم الشافعية والحنابلة خالفوا وقالوا : إن عبارة الهازل في العقود التي تقبل الفسخ صحيحة لقصده العبارة مختاراً ، إذ إن التلفظ بالعبارة دليل على رضاه وقصده الباطن ، ولا يهم إذا كان لا يقصد تحقق الآثار لأن الآثار تترتب بإرادة الشارع مع قصده العبارة ، فلا يلتفت إلى دعواه الهزل ، حرصاً على استقرار المعاملات بين الناس [٢] .

فالشافعية يتفقون مع الحنفية في تحديد مقومات الرضا ، غير أنهم يقولون : إن الرضا قد يوجد حقيقة ، كما أنه قد يوجد حكماً ، كما في عقد الهازل ، مخالفين بذلك الجمهور الذين لا يعتدُّون بالرضا الحكمي [٣].

وهم باستثناء عبارة الهازل ، كالحنفية ، يأخذون بمظهر العقد وصورته الحسية ، من غير سبر أغوار النفس للتعرف على النيات والمقاصد الخفية التي تدل عليها القرائن المحيطة بالتصرف ، فيخالفون أصلهم هذا في عبارة الهازل لينضموا إلى المالكية والحنابلة في الأخذ بالنية والقصد والرغبات الخفية التي تدفع العاقد إلى تحقيق قصده الذي يرمي إليه ، دون صورة العقد ، وهم – أي الجمهور – لا يعترفون بالتقسيم الثلاثي للاختيار الذي قال به الحنفية ، حيث إنه محصور عندهم في الصحيح والباطل ، ولكل من الفريقين أدلة استند إليها لا مجال لبسطها [٤] .

---

(١) – الملكية ونظرية العقد ، للشيخ محمد أبي زهرة /٢٠٢ .

(٢) – انظر : الروضة ، للنووي ٥٤/٨ ، الوسيط للغزالي ٣٨٧/٥ ، إعلام الموقعين ١٠١/٣ (أقوال الفقهاء والحكمة في نفاذ حكم العقود على الهازل) .

(٣) – الإكراه في الشريعة الإسلامية ، د فخري أبو صفية /٥ ، ط/١٩٨٢ المدينة المنورة .

(٤) انظر هذه الأدلة مختصرة في نظرية العقد : د .حمزة حمزة /١٠١ حتى ١١١ رسالة دكتوراه من كلية المعارف الإسلامية ، جامعة كراتشي لعام ٩١-٩٢ ، وانظرها مفصلة في التراضي في عقود المبادلات المالية ، د . نشأت الدريني دار الشروق ، ط ١٤٠٢/١-١٩٨٢ جدة .

المطلب الثالث : ألفاظ العقد [1]

سبق القول إن أساس العقد أو التصرف (القصد والاختيار والرضا) ، وهذه مترادفات لمعنى نفسي داخلي لابد له من أمر حسي مادي ينبئ عنه ويدل عليه ، فكان ذلك الأمر هو التعبير عن الإرادة ، أو التعبير عن الرضا .

واللفظ هو الوسيلة الأصلية أو الطريق الطبيعي في إخراج الإرادة إلى حيز الوجود الحسي والعبارة هي الأصل في الدلالة على الأشياء ، فلا بد لتناط الأحكام بالرضا الخفي من وجود ما يدل عليه ظاهراً وتترتب عليه آثارها، فالرضا قبل إظهاره عمل من أعمال القلب ، وليس في مقدور البشر التعرف عليه وربط الأحكام به إلا أن يظهر ، وظهوره يكون باللفظ وهذا هو الأساس ، وينوب عنه الإشارة والكتابة والفعل عند العجز ، ولا يصلح اللفظ للانعقاد به إلا إذا دل على معنى العقد أي على حقيقته ونوعه .

والمسألة المثارة أيهما هو المعتبر اللفظ أو المعنى ؟ ويصاغ السؤال بعد ذلك: هل العبرة لظاهر اللفظ أم لحقيقة القصد والنية والباعث ؟.

لذا ، يتحتم البحث في مسألة اللفظ والمعنى تحت عنوان : **هل العبرة في العقود للمقاصد والمعاني أم للألفاظ والمباني ؟**

أجاب الحنفية عن هذا السؤال بقولهم في كتبهم: الاعتبار للمعنى لا للألفاظ [2] ، وقد نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة الثالثة منها على " أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ولذا يجري حكم الرهن في البيع بالوفاء " . وهذه القاعدة منبثقة عن القاعدة الأصل " الأمور بمقاصدها "[3] المستنبطة من قوله ﷺ : " إنما الأعمال بالنيات " [4].

---

(١) - ليس المقصود من هذا المطلب بحث ألفاظ العقد من حيث التصريح والكناية ، أو بحثها من حيث دلالتها على الحال أو على الاستقبال ، إذ إن هذه الموضوعات لا علاقة لها بالبحث ، وإنما المقصود من هذا المطلب البحث في اتجاهات الفقهاء في الأخذ بالظاهر أو بالباعث . ويتوضح ذلك من خلال البحث في القاعدة الفقهية التي تحكم قضية اللفظ في العقود وهي : " هل العبرة في العقود للمقاصد والمعاني أم للألفاظ والمباني " .

(٢) - الأشباه والنظائر ، لابن نجيم /٢٤٢ (كتاب البيوع) .

(٣) - مجلة الأحكام العدلية مادة (٢) و (٣) .

(٤) - الحديث متفق عليه ، سبق تخريجه انظر ص /١٦ .

معنى القاعدة :

معناها كما يقول في " درر الحكام " : " أنه عند حصول العقد لا ينظر للألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد ، بل إنما ينظر إلى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يلفظ به حين العقد . لأن المقصود الحقيقي هو المعنى وليس اللفظ وما الصيغة المستعملة ولا الألفاظ إلا قوالب للمعاني " [١].

وقد اختلف الفقهاء في تفسير كلمة (المعاني) تبعاً لاختلاف اتجاهاتهم الفقهية في الأخذ بالظاهر أو بالمقصد الحقيقي.

فالمالكية والحنابلة الذين يأخذون بالمصلحة المرسلة وعمدتها المناط ، وهو اللفظ الدال على الرضا ،عنوا بهذه الكلمة معنى أوسع ، فاستعملوها بما يشتمل على معاني الألفاظ التي تضمنها العقد والباعث الذي يؤثر فيه ، فهم ينطلقون من ضبط المناط أو اللفظ من المقاصد والنيات ، فيعدونها أصلاً والمعنى تابعاً .

وحجتهم أن ألفاظ العقود ما كان لها قوة إنشاء العقود إلا لأنها إخبارات عن النفس ... وما يجول بها من معان ، وما تنفعل به من رغبات ، وما يختفي في ثناياها من نيات ، فلا بد إذاً لصحتها من مطابقة خبرها لحقيقته ، فإذا لم تكن الأخبار مطابقة للنيات والأغراض كانت أخباراً كاذبة فتفقد ما نيط بها من تكوين العقد [٢].

هذا بخلاف الحنفية والشافعية الذين يعدُّون المبنى أصلاً عندهم والمعنى تابعاً ،ويسلكون في ضبط المسائل سلوك العلل القياسية مستدلين بأقضية النبي ﷺ ، وأنها كانت بمقتضى الظاهر ، ويبدو هذا عند الشافعية في تقييد الألفاظ بما يدل على المقصود نصاً ، وعند الحنفية في اتخاذهم حقائق شرعية في الصيغ المستعملة في العقود [٣].

وكذلك اختلف الفقهاء في تطبيق هذه القاعدة في مختلف العقود ، فطبقوها في بعضها ولم يطبقوها في بعض ، وذلك حسب اختلاف طبيعة هذه العقود .

---

[١] - درر الحكام شرح مجلة الأحكام . علي حيدر ٢١/١ . تعريب فهمي الحسيني . دار الجيل ط١ ١٤١١ . بيروت .

[٢] - انظر : الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبي زهرة /٢١٩ .

[٣] - نظرية العقد ، د . حمزة حمزة /٦٦ .

أقوال المذاهب : أولاً : المذهب الحنفي :

الظاهر أن هذه القاعدة مطبقة عند الحنفية في أكثر من عقد ، ولها فروع كثيرة ، قال ابن نُجيم : " الاعتبار للمعنى لا للألفاظ ، صرحوا به في مواضع منها الكفالة ، فهي بشرط براءة الأصيل حوالة ، وهي بشرط عدم براءته كفالة [1] ... ولو وهب الدين لمن عليه كان إبراء للمعنى ، فلا يتوقف على القبول على الصحيح ... ولو راجعها بلفظ النكاح صحّت الرجعة للمعنى وينعقد البيع بقوله : خذ هذا بكذا ، فقال : أخذت ، وينعقد بلفظ الهبة مع ذكر البدل وبلفظ الإعطاء والاشتراء ... وتنعقد الإجارة بلفظ الهبة والتمليك ، .. وبلفظ الصلح عن المنافع وبلفظ العارية . وينعقد النكاح بما يدل على ملك العين للحال كالبيع والشراء والهبة والتمليك . وينعقد السَّلَم بلفظ البيع كعكسه .... ولو شرط رب المال للمضارب كل الربح كان المال قرضاً ، ولو شرط لرب المال كان بضاعة " ثم قال : " وخرجت عن هذا الأصل مسائل منها : لا تنعقد الهبة بالبيع بلا ثمن ، ولا العارية بالإجارة بلا أجرة ، ولا البيع بلفظ النكاح والتزويج" [2].

يتبين من هذا النص أن الحنفية يذهبون إلى أن التصريح بذكر الشروط يدل على أن العاقدان يريدان حقيقة العقد الذي تدل عليه هذه الشروط ، فالتصريح ببراءة الأصيل دليل على أنهما يريدان الحوالة ، والتصريح بذكر الثمن في الهبة دليل على أنهما يريدان البيع ، ولكن استثنوا من هذه القاعدة بعض مسائل ذكرها ابن نُجيم منها : أن البيع بلا ثمن لا يكون هبة ، وأن الإجارة بلا أجرة لا تكون إعارة .

ولعلهم يرون أن اعتبار المعنى في هذه التصرفات يجعلها تبرعاً ، وما يدل على التبرع - وهو عدم ذكر الثمن في البيع مثلاً - دليل غير كاف في الالزام بالهبة لأن التبرع يحتاط فيه أكثر من المعاوضات ولهذا اشترطوا فيه أن يكون المتبرع أهلاً للتبرع ، واشترطوا في الهبة القبض ، وهذا نوع تشديد واحتياط لم يراع في المعاوضات [3].

---

[1] - انظر : نص المادة (٦٤٨ و ٦٤٩) في مجلة الأحكام العدلية .

[2] - الأشباه والنظائر ، لابن نُجيم /٢٤٢- ٢٤٣ (كتاب البيوع) .

[3] - التراضي في عقود المبادلات المالية، د . نشأت الدريني /١٠٧ .

قال في" المدخل الفقهي" : " متى احتمل اللفظ المستعمل في الإيجاب أحد عقدين أحدهما أقوى وأكثر إلزاماً لأحد العاقدين والآخر أدنى فإنه يحمل على الأدنى جرياً مع اليقين ، إذ لا يسوغ إلزام أحد بالتزامات عقدية لم يتحقق قصده إلى العقد الموجب لها " (١).

ومن أهم المسائل التي طبق الحنفية هذه القاعدة فيها بيع الوفاء ، فإذا قال البائع : بعت هذه الدار بيع الوفاء بكذا ... وقَبِل الآخر فلا يفيد تمليك عين الدار ، على الرغم من أن لفظ البيع يفيد تمليك المبيع للمشتري أثناء العقد ، لأن التمليك لم يكن مقصوداً من الفريقين بل المقصود به تأمين دين المشتري المترتب في ذمة البائع ، وإبقاء المبيع تحت يد المشتري لحين وفاء الدين ، ولذلك لم يخرج العقد عن كونه عقد رهن فيجري به حكم الرهن ، ولا يجري حكم البيع ، اعتباراً للمقاصد والمعاني دون الألفاظ والمباني .

بناء على ذلك ، للبائع في بيع الوفاء أن يعيد الثمن ويسترد المبيع ، كما أنه يحق للمشتري أن يعيد المبيع ويسترد الثمن ، ولو كان العقد بيعاً حقيقياً لما جاز إعادة المبيع واسترداد الثمن إلا باتفاق من الفريقين على إقالة البيع (٢) . ولا يجوز للمشتري أن يبيع المبيع وفاء من غير البائع لأنه كالرهن (٣) ، كما لا يحق للمشتري في بيع الوفاء حق الشفعة وتبقى الشفعة للبائع (٤).

ثانياً : المذهب المالكي : تمسك المالكية بالقاعدة المشهورة عند الإمام مالك : كل ما عده الناس بيعاً فهو بيع (٥) ، والبيع وغيره في ذلك سواء . وقال في" المدونة ": " لا أنظر إلى اللفظ وأنظر إلى الفعل ، فإذا استقام الفعل فلا يضره القول ، وإن لم يستقم الفعل فلا ينفعه القول ، فمن قال : أبيع سكنى دار أسكنها سنين كان إجارة "(٦).

---

(١) – المدخل الفقهي العام ، للأستاذ الزرقا ٣٠٥/١ .

(٢) – درر الحكام شرح المجلة ٢١/١ .

(٣) – رد المحتار ، لابن عابدين ٣٨٢/٤ (مطلب في بيع الوفاء) .

(٤) – الفتاوى الهندية ، للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ٢٠٩/٣ (الباب العشرون في البياعات المكروهة والأرباح الفاسدة) دار إحياء التراث العربي ط٣ /١٤٠٠ بيروت . وهذا البيع – أي بيع الوفاء – فاسد عند المالكية والحنابلة والمتقدمين من الحنفية والشافعية ، وذهب بعض المتأخرين من الحنفية والشافعية إلى جوازه .

(٥) – الفروق ، للقرافي (الفرق الثاني ، المسألة السادسة) و (الفرق السابع والخمسون والمائة) .

(٦) – المدونة الكبرى ، الامام مالك ٥١/١٠ (كتاب الغرر في الرجل يبيع سكنى دار أسكنها سنين) ط/ ١٣٢٣ مصر .

فالمعتمد عندهم أن العقود كلها إنما هي بالنية والقصد مع اللفظ المشعر بذلك أو ما يقوم مقامه من إشارة وشبهها ، وقد توسعوا في الأخذ بالمعنى في بعض العقود .قال الحطاب : " فليس للإيجاب والقبول لفظ معين ، وكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود" [1].

وشددوا في عقد النكاح واشترطوا فيه اللفظ الدال عليه ، ولكن لم يشترطوا فيه لفظ النكاح أو الزواج وقالوا : ينعقد بكل لفظ يقتضي التمليك على التأبيد كالنكاح والتزويج والتمليك والبيع والهبة ونحوها ، وقالوا : إن قصد باللفظ النكاح صح [2].

إلا أن بعض المالكية يشترطون لفظاً معيناً في بعض العقود ، فابن القاسم يرى أن المساقاة لا تنعقد إلا بلفظ ساقيت ، وسحنون يرى أنها تنعقد به ، وبلفظ آجرت أو عاملت دون لفظ شركة أو بيع [3].

ثالثاً : المذهب الشافعي : أظهر من يأخذ بظاهر العقود وعباراتها المكونة لها من غير نظر إلى النيات الإمام الشافعي رضي الله عنه ، فهو لا يأخذ إلا بمقتضى ظاهر الألفاظ في العقود وما تدل عليه ، لأن أحكام الدنيا كلها نيطت بالظاهر ، أما أصحابه رحمهم الله ، فلم يأخذوا بترجيح الألفاظ على المعاني في العقود أصلاً متفقاً عليه ، بل ذكروا في الأخذ به خلافاً ، وقد عبر السيوطي رحمه الله عن رأيهم بقوله : " هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها ؟ خلاف ، والترجيح مختلف في الفروع :

فمنها : إذا قال : اشتريت منك ثوباً ، صفته كذا ، بهذه الدراهم . فقال : بعتك ،فرجح الشيخان [4] أنه ينعقد بيعاً اعتباراً باللفظ ، والثاني - رجحه السبكي - أنه ينعقد سَلَماً ، اعتباراً بالمعنى .

ومنها : إذا وهب بشرط الثواب ، فهل يكون بيعاً اعتباراً بالمعنى ، أو هبة اعتباراً باللفظ ؟ والأصح : الأول .

ومنها : إذا قال لمن عليه الدين : وهبته منك ، ففي اشتراط القبول وجهان :

---

(1) - مواهب الجليل ٤/٢٢٩ (وينعقد البيع بما يدل على الرضا وإن بمعاطاة) .

(2) - الفروق ٤ (الفرق الثاني) و (الفرق السابع والخمسون والمائة) .

(3) - تهذيب الفروق ٤ (الفرق السادس والخمسون والمائة) .

(4) - الشيخان : هما الرافعي والنووي رحمهما الله .

١- يشترط اعتباراً بلفظ الهبة .

٢- لا يشترط اعتباراً بمعنى الإبراء .

ومنها : إذا قال : بعتك ، ولم يذكر ثمناً، فإن راعينا المعنى انعقد هبة ، أو اللفظ فهو بيع فاسد . [1]

ومنها : الخلاف في الرجعة بلفظ النكاح والإجارة بلفظ المساقاة ، والإجارة بلفظ البيع ، والبيع بلفظ الإقالة ، ونحوها من المسائل " [2] .

وقد بيّن الزركشي في كتابه " المنثور في القواعد " ضابطاً لهذه القاعدة فقال : " والضابط لهذه القاعدة أنه إن تهافت اللفظ حكم بالفساد على المشهور ، كبعتك بلا ثمن ، وإن لم يتهافت فإما أن تكون الصيغة أشهر في مدلولها أو المعنى ، فإن كانت الصيغة أشهر ، كأسلمت إليك هذا الثوب في هذا العبد فالأرجح اعتبار الصيغة لاشتهار السلم في بيع الذمم .

وقيل : ينعقد بيعاً ... وإن لم يشتهر ، بل كان المعنى هو المقصود كوهبتك بكذا فالأصح انعقاده بيعاً ، وإن استوى الأمران فوجهان : الأصح اعتبار الصيغة لأنها الأصل ، والمعنى تابع لها " [3].

رابعاً: **المذهب الحنبلي** : قرر الحنابلة هذه القاعدة ورجحوا المقاصد والمعاني على الألفاظ والمباني في أكثر العقود ، مع بعض الاستثناءات والخلاف في بعض المسائل .

قال ابن القيم رحمه الله : " من تدبر مصادر الشرع وموارده تبين له أن الشارع ألغى الألفاظ التي لم يقصد المتكلم بها معانيها ، بل جرت على غير قصد منه كالنائم والناسي والسكران والجاهل والمكره والمخطئ من شدة الفرح أو الغضب أو المرض ونحوهم ، ولم يكفر

(١)- الغالب عند الشافعية ترجيح اللفظ ما لم يقو جانب المعنى كجعل الهبة ذات عوض بيعاً . قال في "نهاية المحتاج": " ولو وهب بشرط ثواب معلوم عليه ، كوهبتك هذا على أن تثيبني كذا فقبل فالأظهر صحة العقد ، نظراً للمعنى ، إذ هو معاوضة بمال معلوم فصح كما لو قال : بعتك . والثاني : بطلانه نظراً إلى اللفظ لتناقضه " ٥/٤٢٠ (كتاب الهبة).

(٢) - الأشباه والنظائر ، السيوطي /٣٠٢- ٣٠٦ الرجعة بلفظ النكاح : الأصح صحتها به ، الإجارة بلفظ المساقاة : الأصح أنها فاسدة نظراً إلى اللفظ ، وعدم وجود شرط المساقاة إذ من شرطها ألا تكون بدراهم معلومة ، والإجارة بلفظ البيع : الأصح لا ينعقد نظراً إلى اللفظ ، وقيل : ينعقد نظراً إلى المعنى البيع بلفظ الإقالة : ويصح بيعاً نظراً للمعنى ، وقيل : لا يصح نظراً إلى اختلال اللفظ .

(٣) - المنثور في القواعد ٢/٣٧٤ .

من قال من شدة فرحه براحلته بعد يأسه منها : " اللهم أنت عبدي وأنا ربك " [١]. فكيف يعتبر الألفاظ التي يقطع بأن مراد قائلها خلافها " [٢].

ويقول في موضع آخر :" والمقصود أن المتعاقدين وإن أظهرا خلاف ما اتفق عليه في الباطن فالعبرة لما أضمراه واتفقا عليه وقصداه بالعقد " [٣].

وقال أيضاً : " فاعتبار القصود في العقود أولى من اعتبار الألفاظ ، فإن الألفاظ مقصودة لغيرها ، ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها [٤] " . فعلم أن الاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها دون ظواهر ألفاظها وأفعالها .

وعلى الرغم من أن النصوص الصريحة في اعتبار المقاصد في العقود دون الألفاظ فإن الحنابلة ذكروا بعض المسائل يختلفون في اعتبار المقاصد أو الألفاظ فيها .

جاء في القاعدة العاشرة من قواعد ابن رجب : " الألفاظ المعتبرة في العبادات والمعاني ... ومنها ما يعتبر معناه دون لفظه كألفاظ عقد البيع وغيره من العقود وألفاظ الطلاق " [٥].

ثم يقول في القاعدة الثامنة والثلاثين : " إذا وصل بألفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها فهل يفسد العقد بذلك ، أو يجعل كناية عما يمكن صحته على ذلك الوجه ، فيه خلاف يلتفت إلى المغلب هل هو اللفظ أو المعنى ؟ ويتخرج على ذلك مسائل : .. منها : لو أسلم في شيء حالاً فهل يصح ويكون بيعاً أو لا يصح ؟ فيه وجهان : أحدهما - وهو ظاهر كلام أحمد ... لا يصح البيع بلفظ السَّلَم . والثاني : يصح قاله القاضي" [٦].

---

[١] - الحديث أخرجه مسلم في صحيحه من حديث أنس بن مالك ، في كتاب التوبة ، باب : الحض على التوبة والفرح بها رقم (٢٧٤٧) وأصله في صحيح البخاري في كتاب الدعوات ، باب : التوبة رقم (٦٣٠٩) والحديث بتمامه : ((لله أشد فرحاً بتوبة عبده ، حين يتوب إليه ، من أحدكم كان على راحلته بأرض فلاة فانفلتت منه . وعليها طعامه وشرابه ، فأيس منها ، فأتى شجرة ، فاضطجع في ظلها ، قد أيس من راحلته ، فبينا هو كذلك إذا هو بها ، قائمة عنده ، فأخذ بخطامها ، ثم قال من شدة الفرح : اللهم ! أنت عبدي وأنا ربك ، أخطأ من شدة الفرح ".

[٢] - إعلام الموقعين ٨٠/٣ (العبرة بالقصد لا بالألفاظ) .

[٣] - إعلام الموقعين ٧٩/٣ (الصورة الخامسة من صور مهر السر ومهر العلن) .

[٤] - المرجع السابق (الصورة السابقة) .

[٥] - القواعد لابن رجب /١٣ ط ١ /١٣٥٢ ، مصر .

[٦] - المرجع السابق /٤٩- ٥٠ ، وانظر: كشاف القناع ٤٦٠/٢ (كتاب البيع) والقاضي هو : أبو يعلى ، محمد بن الحسن بن محمد بن خلف بن أحمد بن الفراء (٤٥٨ هـ) .

● **الخلاصة :**

أن الفقهاء ذهبوا من هذه القاعدة الفقهية مذهبين :

مذهب الجمهور : وهم الحنفية والمالكية والحنابلة ، ويقولون : إن العبرة للمقاصد والمعاني ، إلا أنهم يختلفون في تطبيق هذه القاعدة في بعض الفروع الفقهية .

ومذهب الشافعية ، ويقولون : إن العبرة للألفاظ والمباني ، وكذلك يختلفون هم أنفسهم في بعض الفروع .

● **تعقيب (١) :**

والذي يلاحظ مما سبق أن أنظار الفقهاء وعناياتهم في صياغة هذه القاعدة وتطبيقاتها على الفروع الفقهية قد وقفت في تفسير كلمة (المقاصد) عند المعنى اللغوي الحرفي ، وهو المعنى الظاهر من الألفاظ التي استعملها المتعاقدان ، وهذا المعنى هو النية المباشرة والقصد القريب من التصرف [١]، أو بحسب التعبير القانوني " الإرادة الباطنة " ، والمقصود من كلمة (المعنى) عندهم المدلول الذي يفهم من العبارات التي أنشئ بها العقد مع عناياتهم بالدلالات اللغوية أو العرفية المجردة .

وأغفلوا من معنى كلمة (المقاصد) الدوافع والبواعث والنيات غير المباشرة من التصرف ، كالتحايل على الربا ، والزواج لإحلال المطلقة ثلاثاً . وهذه هي المقاصد الأساسية والنيات الباعثة التي حركت الإرادة لتحقيق غاياتها وأغراضها من التصرف ، وهذه الغايات والأغراض والمقاصد لا تتوافق مع مقاصد الشارع الأساسية من تلك العقود والتصرفات .

إلا أن هناك من الفقهاء من اعتنى بهذه المعاني وأكد عليها مدفوعا بنزعته الذاتية ، وحرصه على تحقيق مقاصد الشرع ، عن طريق التحري عن مقاصد المكلفين الحقيقية المخالفة لمقاصد الشارع أو لمقاصد العقد إن اقترن به ما يدل عليها .

فقد صور ابن القيم رحمه الله الأصل الشرعي القائل : بأن مبنى العقود في الشريعة الإسلامية القصد الحقيقي ، وأنه لا بد من الاعتداد بالبواعث فقال : " هل الاعتبار بظواهر الألفاظ والعقود ، وإن ظهرت المقاصد والنيات بخلافها أم للقصود والنيات تأثير يوجب الالتفات إليها ومراعاة جانبها ؟ وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصود في العقود

(١) – راجع في ذلك تعريف كل من النية والقصد في التمهيد من هذه الرسالة .

معتبرة وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمته ، بل أبلغ من ذلك ، وهي أنها تؤثر في الفعل الذي ليس بعقد تحليلاً وتحريماً ، فيصير حلالاً تارة وحراماً تارة ، باختلاف النية والقصد ، كما يصير صحيحاً تارة ، وفاسداً تارة ، باختلافها " [1].

إلا أن ابن القيم رحمه الله الذي أكد على وجوب الاعتداد بالباعث ، قد استعمل الألفاظ ذاتها حين دعا إلى إيثار القصد والمعنى على اللفظ والمبنى ، فلم يخصص رحمه الله لكل مفهوم اصطلاحاً خاصاً به ، بل كان يطلق ألفاظ (القصد) و(المقصد) و(النية) على المفهومين بدون تفريق ، وهذا ما يؤدي إلى الخلط بين المفهومين عند الاستشهاد بأقواله رحمه الله [2] ، خاصة وأنه يستدل على المفهومين بأدلة واحدة .

وغير خافٍ أن مفهوم الإرادة الباطنة الذي هو القصد المباشر يباين مفهوم الباعث غير المشروع ، إذ إن الأول داخل في دائرة التعاقد ، بينما الثاني في الأصل هو خارج عن دائرة التعاقد [3].

ولتوضيح المسألة سآتي بنصين من كلامه رحمه الله لكل مفهوم ، فمن النصوص التي استعمل فيها الألفاظ السابقة بمعنى الإرادة الباطنة قوله : " وهذا الذي قلناه من اعتبار النيات والمقاصد في الألفاظ ، وأنها لا تلزم بها أحكامها حتى يكون المتكلم بها قاصداً لها مريداً لموجباتها ، كما أنه لابد أن يكون قاصداً للتكلم باللفظ مريداً له ، فلا بد من إرادتين : إرادة التكلم باللفظ اختياراً ، وإرادة موجبه ومقتضاه ، بل إرادة المعنى آكد من إرادة اللفظ ، فإنه المقصود واللفظ وسيلة " [4].

وقوله : " إذا اشترى أو استأجر مكرها لم يصح ، وإن كان في الظاهر قد حصل صورة العقد ، لعدم قصده وإرادته ، فدل على أن القصد روح العقد ومصححه ومبطله ، فاعتبار القصود في العقود أولى من اعتبار الألفاظ ، فإن الألفاظ مقصودة لغيرها ، ومقاصد العقود هي

---

(١) - إعلام الموقعين ٣/٩٠ .

(٢) - انظر : التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، د . سوار /٥٣١ حاشية (٢) ، وقارن بضوابط المصلحة /٣٠٠ وما بعدها .

(٣) - وإن كان يدخل فيه استثناء عند علم العاقد الآخر به ، أو ذكره في متن العقد .

(٤) - إعلام الموقعين ٣/٥٦ (لابد من اعتبار النية والمقاصد في الألفاظ) .

التي تراد لأجلها ، فإذا ألغيت واعتبرت الألفاظ التي لا تراد لنفسها كان هذا إلغاء لما يجب اعتباره ، واعتبارا لما قد يسوغ إلغاؤه " [1].

وأما النصوص التي استعمل فيها الألفاظ ذاتها بمعنى الباعث غير المشروع ، فمن مثل قوله : " ومن المعلوم أن العاصر إنما عصر عنباً ، ولكن لما كانت نيته إنما هي تحصيل الخمر لم ينفعه ظاهر عصره ولم يعصمه من اللعنة،لباطن قصده ومراده ، فعلم أن الاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها دون ظواهر ألفاظها وأفعالها " .

وقوله : " وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات كما هي معتبرة في التقربات والعبادات ، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً ، وصحيحاً أو فاسداً " [2].

ومن النصوص التي جمع فيها ابن القيم رحمه الله بين المفهومين قوله : " المتكلم بصيغ العقود إما أن يكون قاصداً للتكلم بها ، أو لا يكون قاصداً ، فإن لم يقصد التكلم بها كالمكره والنائم والمجنون والسكران والمغلوب على عقله لم يترتب عليها شيء ، ... لأن أقوال هؤلاء كلها هدر كما دل عليه الكتاب والسنة والميزان وأقوال الصحابة .

وإن كان قاصداً للتكلم بها ، فإما أن يكون عالماً بغاياتها متصوراً لها أو لا يدري معانيها البتة ، بل هي عنده كأصوات ينعق بها ، فإن لم يكن عالماً بمعناها ولا متصوراً له ، لم تترتب عليه أحكامها أيضاً ، ولا نزاع بين الأئمة في ذلك ، وإن كان متصوراً لمعانيها عالماً بمدلولها فإما أن يكون قاصداً لها أو لا ، فإن كان قاصداً لها ترتبت أحكامها في حقه ولزمته ، وإن لم يكن قاصداً لها فإما أن يقصد خلافها أو لا يقصد لا معناها ولا غير معناها فإن لم يقصد غير التكلم بها فهو الهازل ...، وإن قصد غير معناها ، فإما أن يقصد ما يجوز له قصده أو لا، فإن قصد ما يجوز له قصده ... لم تلزمه أحكام هذه الصيغ فيما بينه وبين الله تعالى .

وأما في الحكم - أي القضاء - فإن اقترن بكلامه قرينة تدل على ذلك لم يلزمه أيضاً ، لأن السياق والقرينة تدلان على صدقه ، وإن لم يقترن بكلامه قرينة أصلاً وادعى ذلك دعوى مجردة لم تقبل منه ، وإن قصد بها ما لا يجوز قصده ، كالتكلم بنكحت وتزوجت بقصد التحليل ،

---

[1] - المرجع السابق ٧٩/٣ (الصورة السابعة من مهر السر ومهر العلن) .

[2] - المرجع السابق ٨٠/٣ (العبرة بالقصد لا بالألفاظ) .

وبعت واشتريت بقصد الربا ... وما أشبه ذلك ، فهذا لا يحصل له مقصوده الـــذي قصـــده وجعل ظاهر اللفظ والفعل وسيلة إليه ، فإن في تحصيل مقصوده تنفيـــذاً للمحـــرم وإســـقاطاً للواجب وإعانة على معصية الله ، ومناقضة لدينه وشرعه ، فإعانته على ذلك إعانـــة علـــى الإثم والعدوان ، ولا فرق بين إعانته على ذلك بالطريق التي وضعت مفضية إليه وبين إعانته علـــى ذلك بالطريق التي وضعت مفضية إلى غيره واتخذها هو ذريعة ، كمن يعقد عقد شراء ليكـــون ذريعة للربا ، فالمقصود إذا كان واحداً لم يكن اختلاف الطرق الموصلة إليه موجبـــاً لاختـــلاف حكمه ، فيحرم من طريق ويحل بعينه من طريق أخرى ، والطرق وسائل وهـــي مقصـــودة لغيرها ، فأي فرق بين التوسل إلى الحرام بطريق الاحتيال والمكر والخداع ، والتوسل إليه بطريـــق المجاهرة التي يوافق فيها السرُّ الإعلانَ والظاهرُ الباطنَ والقصدُ اللفظَ ، بل سالك هذه الطريقة قد تكون عـــاقبته أسلم وخطره أقل من سالك تلك...كما أن سالك طريق الخداع والمكـــر عنـــد الناس أمقت ، وفي قـــلوبهم أوضع ، وهم عنه أشد نفرة ممن أتى الأمر على وجهه ودخله مـــن بابه " [1].

من هذا ، يتبين أن ابن القيم رحمه الله ، قد استخدم اللفظ الواحد للدلالة على معنيـــين وهما : القصد أو النية المباشرة ، والباعث أو النية غير المباشرة .

ففي أول النص كان معنى القصد عنده النية المباشرة أو القصد المباشر أو الإرادة الباطنة ، ثم حين تكلم عن (قصد الفاعل مالا يجوز له قصده) كان معنى القصد عنده النية غير المباشـــرة أو الباعث .

فالنص السابق يعدُّ بياناً لمذهب من يأخذ بمقاصد العـــاقدين دون الألفـــاظ المجـــردة ، وخلاصته تنحصر في ثلاثة أمور : ذكرها الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله في كتابه " الملكيـــة ونظرية العقد " :

" **أحدها** : أن العاقد إن توافق مقصده مع ما تدل عليه في الشريعة الصيغة التي ذكرها معبراً بهـــا ليتكون العقد منها ، وفي هذه الحال تلزم العاقد كل أحكام العقد بلا مراء ولا اختلاف نظر .

ثانيها : أن العاقد إن قصد غير ما تدل عليه عبارة العقد ، ولكن تلك النية بقيت مســـتكنة في النفس ، ولم تبرز في الوجود بقرائن تكشف عنها الغطاء ففي هذه الحالة يدين بنيته .

---

[1] - إعلام الموقعين ٣/٩٨- ٩٩ (تقسيم جامع بين حقيقة صيغ العقود) ولأهمية الموضوع نقلت النص مطولاً.

ثالثها : أن العاقد إن قصد غير ما تدل عليه عبارته ، ووجدت قرينة تعلن مستور هـــذه النيـــة ، وتكشف عنها الغطاء ، و لم يكن مقصوده أمراً تحرمه الشريعة ، بل تبيحه وتجوزه ، ففي هـــذه يعامل بما نوى وقصد أمام الله والقضاء ، كمن يعقد عقد كفالة ويشترط براءة الأصيل ، ففـي هذه الحالة يكون عقد الكفالة عقد حوالة لأن النية التي أيدتما قرينة لفظية أو حالية أمر معتـبر في القضاء إذا قامت عليه البينة وشهدت له القرينة ، أما إذا كان ما نواه أمراً لم يبحه الشـــارع ، كمن قصد بالشراء الربا وقامت القرائن على ما قصد ، فقصده رد عليه ويفسد عقده ولا يصـح ولا تترتب عليه أحكام العقد الصحيح "[1].

● **تعقيب (٢) :**

من الملاحظ في مذهب الحنفية أن أصحابه يميلون في جملته إلى الأخذ بظواهر عبـــارات العقود من غير تحرٍّ وتتبع للنيات الخفية والإرادات المستكنة سواء أدلت عليها قرائن أم لم تدل ، وهو في ذلك يوافق المذهب الشافعي ، لذلك جوزوا نكاح التحليل وبيع العِينة .

وقد يتصور أن موقف الحنفية من هذه العقود يعارض القاعدة المعتمدة عندهم " أن العـبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني" ، والحقيقة أنه لاتعارض في ذلك ، لأن المـراد من القاعدة عندهم أن العبرة بالمدلول اللغوي الذي يفهم من العبارة التي أنشئ بها العقـــد ، لا بظاهر اللفظ ذاته ، وليس مرادهم النية الباعثة التي حركت الإرادة للتعاقد ، فذلك مما لا تتعرض له تلك القاعدة .

الترجيح بين المذاهب [2]:

من الأمور المتفق عليها أنه لا تعبد باللفظ في المعاملات ، فلم يرد في الشرع ما يـــدل على الاعتداد بلفظ معين ، وبتعبير آخر ، لم يحدّ الشارع لألفاظ العقود حداً ، بل أوردهـــا مطلقة ، والمأثور أن الرضا هو الأساس والمؤثر في التصرف ، فكل ما يدل عليه الرضـــا يجب الأخذ به ، ولا فرق في هذا بين لفظ وغيره ما دام يدل على المقصود .

[1] - الملكية ونظرية العقد للشيخ محمد أبي زهرة /٢٢١ .

[2] - الترجيح هنا بين اللفظ والقصد بمعنى (الإرادة الباطنة) لا بمعنى (الباعث) .

فالصواب قول الجمهور إن العقود والمعاملات تتبع مقاصدها والمراد منها بأي لفظ كان .

وإذا ذكر العاقدان اسم عقد وذكرا معه شروطاً تدل على عقد آخر فالراجح قول الحنفية ومن أخذ برأيهم باعتبار العقد الذي تدل عليه هذه الشروط ، لأن العاقدين قد رضيا بها، ورضاؤهما بها يدل على أنهما لا يريدان باسم العقد الذي ذكراه حقيقته عند الفقهاء ، مثلاً عندما يذكران العوض مع الهبة فهذا دليل على رضائهما بالعوض ، وعلى أن المالك لا يرضى بالتبرع فلا يصح أن نلزمه بما لم يلتزم به . والله تعالى أعلم .

*** *** *** ***

المبحـــث الثالث

مكانة الباعث في النظرية العامة للعقد

بعد أن تم بحث مقومات العقد وأركانه ، لابد من التعرف إلى مكانة الباعث في هـــذا العقد ، هذه المكانة التي تحدد أهمية الباعث ، ومدى الفائدة من العناية به في كل تصرف لوصف هذا التصرف بعد ذلك بالصحة أو البطلان . من أجل ذلك سأبحث في أمرين هما : مـــوضوع العقد ، وسبب العقد في مطلبين . وهذان المصطلحان ، وإن كان الأول منهما من المصطلحات الحادثة ، والثاني من المصطلحات القانونية إلا أنه من الضروري دراستهما من وجهـــة النظـــر الشرعية .

المطلب الأول : موضوع العقد

المراد بموضوع العقد : غايته النوعية ، أي المقصد الأصلي الذي شرع العقد لأجلــه [1] ، وهو أحد المقومات الأربعة التي لا بد من وجودها في كل عقد ، ويعبر عنه بآثار العقـــد ومـــا يهدف إليه العاقدان ، كما ويعبر عنه بحكم العقد . وقد عرَّف د . وحيد الدين سوار المقصـــد الأصلي بأنه : " الغاية النوعية ، أي الحكم الأصلي ، الذي جعل العقـــد طريقـــاً مشـــروعاً للوصول إليه " [2].

فالمصطلحات : حكم العقد ، أو موضوع العقد ، أو المقصد الأصلي ، مترادفة يمثل كـــل واحد منها وجهاً لحقيقة واحدة مثلثة الوجوه ، فإذا ما نظر إلى هذه الحقيقة من وجهـــة نظـــر الشارع قبل العقد كانت مقصداً أصلياً له - أي جلب مصلحة أو دفع مفسدة - جعل العقـــد وسيلة لتحقيقه ، وإذا نظر إليها من وجهة نظر الشارع أيضاً بعد العقد كانت حكماً أصليـــاً مترتباً عليه ، وهي تكون آنذاك مصلحة مجتلبة أو مفسدة مستدفعة ، وبين هاتين المرحلتين تتوسط مرحلة ثالثة تقع إبان التعاقد ويطلق فيها على المقصد الأصلي اصطلاح "موضوع العقد" [3].

---

(1) - المدخل الفقهي العام ، أ . الزرقا ١/٢١٤ فقرة (١٤٨) .

(2) - التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي د . سوار /٥٠٠ .

(3) - المرجع السابق /٥٠١-٥٠٢ .

وموضوع العقد واحد ثابت غير مختلف في كل أفراد النوع الواحد من العقود ، وإنما يختلف باختلاف نوع العقد ، ففي كل عقد بيع إنما هو نقل ملكية المبيع إلى المشتري بعوض ، وفي كل عقد هبة إنما هو تمليك العين الموهوبة مجاناً بلا عوض ، وفي كل عقد إجارة إنما هو تمليك منافع المأجور بعوض ، وفي كل عقد إعارة إنما هو تمليك المنافع بلا عوض ، وهكذا .
لذلك : فإن موضوع العقد هو الغاية النوعية فيه (١).

ويقابل مصطلح المقصد الأصلي للعقد ، أو موضوع العقد في الفقه الإسلامي ، مصطلح السبب الفني أو السبب القصدي عند رجال القانون (٢).

مثلاً : في عقد البيع السبب الفني أو القصدي لالتزام البائع بنقل ملكية المبيع هو التزام المشتري بدفع الثمن ، أما المقصد الأصلي له - أي لعقد البيع - فهو نقل الملكية بعوض ، ويعبر عن ذلك بآثار العقد كما سبق .

- **الفرع الأول : المقصد الأصلي والسبب القصدي**

يشترك كل من المقصد الأصلي والسبب القصدي في خصائص تكشف عن الغاية النوعية للعقد الذي يتصلان به ، فكل منهما موضوعي وداخل في العقد (٣).

ويختلفان في أن المقصد الأصلي أو موضوع العقد متلازم مع إرادة الشارع لا إرادة العاقد ، إذ إن آثار كل عقد أو غايته النوعية هي من وضع الشارع على الرغم من وجود إرادة العاقد ، لأن عمل هذه الإرادة يقتصر على إنشاء العقد فقط .

فأحكام العقود وآثارها يحددها الشارع وعلى العاقدين تحقيقها وعدم الاتفاق على خلافها ، لذلك ، يقول الفقهاء عن العقود إنها أسباب جعلية شرعية (٤).

وهذا هو معنى قول الشاطبي رحمه الله : " إن الذي للمكلف تعاطي الأسباب ، وإنما المسبَّبات من فعل الله وحكمه لا كسب فيه للمكلف "(٥) . ومن قبله الغزالي رحمه الله : إن الله

(١) - المدخل الفقهي العام ، أ . الزرقا ٢١٤/١ فقرة (١٤٨)
(٢) - التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، د . سوار /٤٩٩ .
(٣) - المرجع السابق ٥٠٣- ٥٠٤ .
(٤) - الملكية ونظرية العقد ، للشيخ محمد أبو زهرة /٢٢٦ .
(٥) - الموافقات ١٩٠/١ (المسألة الثانية : مشروعية الأسباب لا تستلزم مشروعية المسبّبات) .

جـعل لحل الأموال وحرمتها أسباباً ظاهرة من بيع وغيره ، ويبين أن نصب هـذه الأسـباب أسباباً وجعلها علامات إنما هو بحكم الشارع ، فالشارع هو الذي شرعها وهو الذي أعطاهـا أحكامها وناط بها آثارها [1].

فالمتعاقد ينشئ العقد لكنه لا ينشئ الآثار، وتأثير إرادته في تكوين العقد وإيجـاده لا في إعطائه أحكامه وآثاره .

أما السبب القصدي أو الفني في القانون فهو ملازم لإرادة العاقد ومنفك عـن إرادة الشارع [2]، فكما أن إنشاء العقود في القانون يرجع إلى الإرادة الحرة ، كذلـك الآثـار الـتي تترتب على العقد تنشئها هذه الإرادة .

ففي القانون : العقد شريعة المتعاقدين بالنسبة لآثاره ولكل ما اشتمل عليه ما لم يكـن مشتملاً على شيء يخالف النظام العام ، فكل ما ارتضاه العاقد من أحكام يكون صحيحاً واجب الوفاء ، ولو كان فيه غبن فاحش عليه ، ولا عبرة بالتعادل بين العاقدين فيما يغنمانـه ويغرمانـه بسبب العقد ، إنما العبرة بكون الالتزامات نشأت عن إرادة حرة لم يلبس عليها بغش أو تدليس . فإذا توافرت تلك الإرادة ثبتت الآثار التي ارتضاها العاقدان[3].

ولا وجود لهـذه القاعدة في الفقه الإسلامي ، لأن العقود أسـباب جعليـة شـرعية للأحكام ، فالحكم المتعلق بالعقد هو من جعل الشارع وترتيبه ، كما سبق بيانه .

- **الفرع الثاني : تميز موضوع العقد عن الباعث**

إذا كان موضوع العقد هو المقصد الأصلي الذي شرع من أجله العقـد ، أو الغايـة النوعية منه فإنه بذلك يتميز عن الباعث الدافع إلى التعاقد الذي يتصف بـه بأنـه شـخصي يختلف باختلاف الأشخاص ، فالباعث مثلاً لبعض الناس على بيع شيء من متاعه قد يكـون احتياجه إلى الثمن ، أو كراهيته للمبيع ، أو رغبته في الربح ، وقد يكون الباعث لغيره على البيـع

---

(1) - المستصفى ٩٣/١ بتصرف (الفصل الأول : في الأسباب) .

(2) - انظر : التعبير عن الإرادة /٥٠٤ ، الفقه الإسلامي وأدلته ١٨٤/٤ .

(3) - الوسيط ، للسنهوري ٦٩٥/١ وما بعدها .

هـو الرغبة في تهريب المال من وجه الدائنين أو الوارثين ، فالباعث يختلف باختلاف كل عاقد ، أما الموضوع فإنه يختلف باختلاف نوع العقد[1] .

فهذان المفهومان : موضوع العقد ، والباعث عليه مفهومان لا يلتقيان أبداً ، بل هما يفترقان في ناحية جوهرية .

الأول : ذو شكل مادي خارجي ، باعتباره محدداً لوظيفة التصرف ، وهو لا يبحث عنه في سلسلة النيات التي يراد تحقيقها في المحيط النفسي للشخص .

أما الثاني : وهو الباعث ، فهو اعتبار ذهني داخلي ، وهو أمر نفسي محرك لإرادة منشيء التصرف [2] .

وكذلك يتميز موضوع العقد ، أو المقصد الأصلي من الباعث على تشريع الحكم وهو ما يسمى بالحكمة أو الغاية المقصودة من تشريعه .

أما المقصد الأصلي فهو الحكم الذي يترتب على هذه الحكمة ، وهو إما أن يكون مفسدة مستدفعة أو مصلحة مجتلبة ، فحكمة المعاوضات مثلاً هي دفع الحرج عن الناس ، أما مقصدها الأصلي أو موضوعها فهو إباحة المعاوضة ونقل الملكية فيها بعوض[3] .

- **الفرع الثالث : تمييز موضوع العقد عن محل العقد**

سبق القول إن موضوع العقد هو المقصد الأصلي منظوراً إليه إبان تكوين العقد ، أما محل العقد : " فهو المعقود عليه الذي يثبت فيه حكم العقد " [4] ، وهو كل ما يلتزم به المدين ، كالمبيع والثمن في عقد البيع . أما نقل الملكية بعوض فهو موضوع عقد البيع ،كالمال المرهون في عقد الرهن ، أما حق احتباسه لأجل استيفاء الدين فهو موضوعه ، وكالمتعة الزوجية بين الزوجين في عقد النكاح ، أما تحليل هذه المتعة في عقد النكاح ، أي رفع حاجز الحرمة المانعة منها ، فهو موضوع عقد النكاح .

---

(١) – المدخل الفقهي العام ، أ . الزرقا ٢١٥/١ .

(٢) – التعبير عن الإرادة ، د . سوار /٥٠٤ .

(٣) – – المرجع السابق .

(٤) – المدخل الفقهي العام ،أ . الزرقا ٢١٤/١ .

إلا أن هناك من يخلط في الاستعمال بين اصطلاحي : محل العقد ،وموضوعه ، فيعبر بالموضوع عن معنى المحل ، والفرق بينهما كبير ، وهو كالفرق بين إيقاع الأثر ومسقط الأثر[1]. فيقول : " يراد بموضوع العقد أو محله ،كما يعبر الفقهاء كثيراً ، ما وقع عليه التعاقد ، فهو الغرض من العقد والمقصود منه ، والذي به تتعلق أحكامه وآثاره ، ففي البيع : موضوع العقد هو الشيء المبيع والثمن ، وفي الرهن هو الشيء المرهون ، وفي الإجارة هو منفعة الشيء المستأجر شخصاً أو داراً أو أرضاً مثلاً ، وفي المزارعة هو عمل الزارع ، وفي الزواج هو المرأة ، وهكذا في سائر ضروب العقود "[2]. ثم بعد أن يعدد شروط موضوع العقد يقول : " هذه الشروط يجب أن تتوافر في الشيء ليصح أن يكون موضوعاً أو محلاً للعقد بصفة عامة "[3].

وإن كان المقصد الأصلي متميزاً عن محل العقد فهو ، باعتباره حكماً أصلياً للعقد ، مرتبط أشد الارتباط بالمحل ، إذ من الشرائط الأساسية للمحل أن يكون قابلاً لحكم العقد ، وانتفاء هذه القابلية يفضي عادة إلى إبطال عقود ينعدم فيها معنى البيع ، كبيع ما ليس بمال كالحر ، وكبيع الخمر والخنزير والميتة ، وكبيع المسجد ، وكبيع آلات اللهو عند من يرى أنها ليست بمال ، في هذه البيوع يكون المحل غير قابل لحكمه ، فينعدم المقصد الأصلي لانعدام هذه القابلية ، ويترتب على ذلك انعدام معنى البيع ، لأن البيع يتركز معناه في مقصده الأصلي ، إذ هذا المقصد هو قوام الوظيفة الاقتصادية للتصرف .

مثلاً ، في العقد الذي يكون المحل فيه (حُراً) أي ما ليس بمال لا يتحقق مقصده الأصلي ، لأن هذا المقصد مؤداه نقل الملكية بعوض ، وهنا الملكية لم تنتقل ، لأن ما يقابلها ليس بعوض ، فالحكم الأصلي للعقد لم يحصل ، لأن مقصده الأصلي لم يجد في المعقود عليه قابلا له ، فغدا البيع بدون ثمن فلا ينعقد [4].

من هذا الشرط للمحل ، وهو قابليته لحكم العقد ، يتسنى للفقه إبطال العقود المخالفة للنظام الشرعي العام ، ويكون أساس البطلان هو تخلف المقصد الأصلي للتصرف [5].

---

(1) – التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، د . سوار /٥٠٢ .

(2) – الأموال ونظرية العقد ، محمد يوسف موسى /٢٨١ .

(3) – المرجع السابق /٢٨٩ .

(4) – التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، د . سوار /٥٠٣ .

(5) – المرجع السابق .

خلاصة ما سبق : أن المقصد الأصلي للعقد أو موضوعه ، ومحل العقد ، هما عنصران متمايزان ، إلا أنهما متلازمان ، فإذا ما انفك هذا التلازم بأن كان المحل غير منسجم مع هذا المقصد الأصلي كانت النتيجة بطلان العقد [١].

المطلب الثاني : سبب العقد

نص القانون المدني السوري على أن السبب يعتبر ركناً من أركان العقد ، فجاء في المادة (١٣٧) : " إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا".

وجاء في المادة (١٣٨) : " كل التزام لم يذكر له سبب في العقد ، يفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يقم الدليل على غير ذلك . ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل على صورية السبب ، فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه " .

ولإيضاح المقصود بالسبب في هاتين المادتين لابد من دراسة أصل فكرة السبب وتاريخها والآراء حولها .

- **تمهيد حول فكرة السبب أو ما يسمى بنظرية السبب**

لم يعرف العلم القانوني الحديث جدلاً حقوقياً كالجدل الذي ثار حول فكرة السبب، فهي من أعقد النظريات وأكثرها غموضاً ، بل إن فكرة السبب نفسها كانت محلاً للمناقشة فيما يتعلق بفائدتها وبالتالي وجودها ، فكانت وما تزال ميداناً خصباً لهجمات المهاجمين ودفاع المدافعين ، وقد انقسم رجال القانون في شأنها إلى فريقين :

الأول : ينكر الفكرة من أساسها ، على اعتبار أنها عديمة الجدوى والفائدة ، وأن القانون وقع في خطأ بيّن حين نص عليها ، ويسمى هؤلاء بخصوم السبب أو اللاسببيين .

الثاني : يدافع عن الفكرة ، ويقول بضرورة السبب وعدم إمكان وجود الالتزام إلا إذا استند إلى سبب مشروع ، وقد عُرف هؤلاء بالسببيين أو أنصار السبب .

---

(١) – المرجع السابق .

وبناء على هذا الانقسام انقسمت القوانين كذلك بين تيارين ، فتجاهل بعضـــها هـــذه النظرية ، وأخذ البعض الآخر بها . وإلى هذا ذهب القانون المدني السوري ، فشرط قيام ســـبب لكل التزام ، وشرط أن يكون هذا السبب غير مخالف للنظام العام والآداب [١].

أما القضاء فلم يشغل نفسه بهذا الجدل ، بل استخدم فكرة السبب في إبطال العقود في الكثير من الحالات دون أن يكلف نفسه مؤونة البحث فيها من الناحية النظرية [٢].

وسأدرس في هـــذا المطلب بيان معنى السبب ، ثم أبحث في تاريخ النظرية عند القانونيين، لأن تاريخ الفكرة يجلّي حاضرها ، ثم أبين ما المقصود " بالسبب في القانون المدني الســـوري " وأخيراً أعرض فكرة السبب في الفقه الإسلامي .

• الفرع الأول : معنى السبب

عندما يريد المرء الالتزام بإرادته يلتزم وهو مدفوع بعوامل وبواعث شتى ، إلا أن بعـــض هذه البواعث تكون أكثر صلة بالتزامه من غيرها . من هذه البواعث ما يوجد بصورة واحـــدة في كل الالتزامات التي هي من نوع واحد ، ففي عقد بيع عقار مثلاً يلتزم المشتري بدفع الثمن إلى البائع ، كما يلتزم البائع بنقل الملكية إلى المشتري ، والتزام المشتري بدفع الثمن سببه واحد عنـــد جميع المشترين ، وهو رغبته في الحصول على الملكية ، وكذلك التزام البائع بنقل الملكية سببه واحد عند جميع البائعين ، وهو رغبته في الحصول على الثمن .

وهذا السبب هو السبب الموضوعي أو القصدي أو الفني ، ويتميز السبب بهذا المعنى بأنه أقرب الدوافع التي دفعت الملتزم إلى الالتزام .

إلى جانب ذلك هناك دوافع بعيدة دفعت بالملتزم إلى الالتزام ، هذه الدوافـــع شـــخصية تختلف باختلاف أشخاص الملتزمين وتتغير تبعاً لأهوائهم ونواياهم ، وكل دافع من هذه الدوافـــع البعيدة يسمى سبباً كما يعرف كل منها باسم الباعث [٣] .

---

[١] – نظرية الالتزام العامة ، د . ماجد الحلواني /٩٩– ١٠٠ كتاب جامعي ١٣٨٠– ١٩٦١ ، مصادر الالتزام د . أنور سلطان /١٣٩ ، دار النهضة العربية ط /١٩٨٣ ، بيروت .

[٢] – المرجع السابق .

[٣] – نظرية الالتزام العامة ، د . ماجد الحلواني /١٠١ وما بعدها .

فالمشتري الذي لديه الرغبة في الحصول على ملكية العقار، وهو سبب التزامه بدفع الثمن للبائع ، لابد أن يكون لديه أسباب أخرى خاصة به دفعته إلى الالتزام ، تسمى هذه الأسباب بواعث بعيدة وتختلف باختلاف الأشخاص ، فقد يقصد مشتر من شراء العقار السكنى ، ويقصد آخر التجارة والربح ، ويقصد ثالث إقامة منشأة صناعية عليه ، ورابع هبته لابنه ، أو ما شاكل ذلك من الرغبات التي تسكن نفس المتعاقد .

فكلمة السبب تستعمل للدلالة على أكثر من معنى ، وتختلف معاني السبب باختلاف المدارس القانونية التي لكل منها نظرية في مفهومه ، ولا بد من التمييز بين ثلاثة معانٍ له :

أولاً : السبب الإنشائي : ويقصد به المصدر الذي انحدر منه الالتزام ، أو الواقعة القانونية التي أنشأت الالتزام ، أي العقد أو الإرادة المنفردة ، وبهذا المعنى تكون أسباب الالتزام هي : العقد والإرادة المنفردة والفعل الضار والفعل النافع ونص القانون .

ولأن هذا السبب يطلق عليه غالباً كلمة مصدر فقد وجب استبعاده من دائرة البحث تجنباً للّبس [1].

ثانياً : السبب القصدي : وهو ما تعني به النظرية التقليدية [2] وتقف عنده وإذا أطلقت كلمة السبب عنته ، وهو ما يقصد الملتزم الوصول إليه مباشرة من وراء التزامه ، فهو الدافع

---

(1) – النظرية العامة للالتزام ، د. حشمت أبو ستيت /١٦٨ ، نظرية الالتزام العامة ، د . الحلواني /١٠٧ .

(٢)- هذا السبب – القصدي – لا يتأثر بالعاقد ، إذ إن طبيعة العقد هي التي تحدده ، ففي العقود الملزمة للجانبين : سبب التزام كل متعاقد هو التزام المتعاقد الآخر ، ففي عقد البيع : التزام البائع بنقل الملكية هو سبب التزام المشتري بدفع الثمن ، وكذلك التزام المشتري هو سبب التزام البائع ، وهذا السبب هو ذاته في كل عقد بيع .

أما في العقود العينية الملزمة لجانب واحد – وهي العقود التي لا تنعقد إلا بتسليم الشيء محل العقد ، كتسليم مبلغ القرض لانعقاد عقد القرض ، أو تسليم الراهن الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن – يكون سبب التزام المقترض أو المرتهن بالرد هو سبق استلامه للشيء الذي عليه رده .

أما في عقود التبرع : فإن سبب التزام المتبرع هو نية التبرع ذاتها ، وهذه النية تتميز عن الدافع إلى التبرع ، فالدافع إلى التبرع أمر متغير قد يكون هو الرغبة في مساعدة الموهوب له أو تشجيعه على القيام بعمل ، أما سبب التزام الواهب فواحد لا يتغير هو نية التبرع .

هذا هو باختصار مؤدى النظرية التقليدية للسبب التي لا شأن لها بالباعث ، ولهذه النظرية أنصار دافعوا عنها ، كما وجهت لها انتقادات عديدة من خصوم هاجموها ، والواقع لا معنى لهذه النظرية إلا مجرد الترف الفكري .

انظر : النظرية العامة للالتزام ، حشمت أبو ستيت /١٦٩ ، ونظرية الالتزام العامة ، د . ماجد حلواني /١٠٨ ،ومصادر الالتزام ، د . أنور سلطان /١٤٤ – ١٤٥ .

القريب المباشر للالتزام ويسمى سبب الالتزام ، ويكون واحداً عند جميع الأشخاص في النوع الواحد من الالتزام ويسميه البعض " السبب الفني "[1]،ويعرّف بأنه : " الغاية المباشرة ، أو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه " [2].

وهذا السبب لا يكون ركناً إلا في الالتزامات الإرادية أي التعاقدية ، حيث يلتزم المدين بإرادته ، أما الالتزامات غير العقدية فلا تقوم على إرادة الفرد وبالتالي لا يكون فيها غرض مباشر يقصد إليه الملتزم ، ويمتاز بخصائص هي :

١- أنه شيء داخل في العقد ، ويعدُّ عنصراً من عناصره ، ويستخلص حتماً من نوع العقد ومن طبيعة الالتزام ، وتخلفه عن أي عقد من العقود يترتب عليه تخلف عنصر من عناصره إذ يولد العقد ميتاً [3].

٢- وهو شيء موضوعي لا تؤثر فيه نوايا الملتزم .

٣- وهو غير متغير ، فهو واحد في كل نوع من أنواع العقود ، ولا يتغير بتغير البواعث [4].

ثالثاً : السبب الدافع : أو ما يسمى بالباعث على الالتزام ، وهو يختلف باختلاف الأشخاص وظروفهم وغاياتهم ، ويتغير بين عقد وآخر ، وإن كانا من نوع واحد . ثم إن الباعث شيء ذاتي يختص بالملتزم دون غيره ، ولا يمكن معرفته إلا بالرجوع إلى نواياه ، ولا شأن للنظرية التقليدية به ،فلا تأثير له في العقد أصلاً حسب هذه النظرية – أي التقليدية – وإن كان هذا الباعث مخالفاً للآداب أو النظام العام . أما القضاء فقد عني به عناية فائقة . ويسمى " سبب العقد " ويسميه البعض " السبب المصلحي "[5]. ويعرّف بأنه : الغرض غير المباشر الذي يريد المتعاقد أن يصل إليه بعد أن يتحقق غرضه المباشر[6].

---

[1] – النظرية العامة للالتزام د ، عبد الحي حجازي ٣٦٨/١ .

[2] – الوسيط ، د . السنهوري ٤٧٨/١ .

[3] – مصادر الالتزام ، د .سلطان /١٤٦ .

[4] – الوسيط ، د . السنهوري ٤٧٩/١- ٤٨٠ .

[5] - النظرية العامة للالتزام ، د . حجازي ٣٦٨/١ .

[6] – النظرية العامة للالتزام ، د . حشمت أبو ستيت /١٦٨ وانظر : تعريفات الباعث في الفصل الأول من هذه الرسالة .

ويمتاز بالخصائص التالية :

١- هو شيء خارج عن العقد ، فلا يذكر في الاتفاق ، ويستخلص حتماً من الالتزام .

٢- وهو شيء ذاتي للملتزم ، إذ يرجع إلى نواياه وما يتأثر به من دوافع .

٣- وهو شيء متغير لا في كل نوع من العقود فحسب ، بل في كل عقد على حدة [١].

فالباعث والسبب القصدي على طرفي نقيض في جميع خصائصهما .

● **الفرع الثاني : لمحة تاريخية عن نظرية السبب في القانون [٢]:**

إذا أراد الباحث تعقب هذه النظرية من الناحية التاريخية ، فلن يمتد به البحث إلى القانون الروماني ، فالحقوق الرومانية لم تعرف هذه النظرية ، لأن العقود أيام الرومان كانت عقوداً شكلية ، و لم يكن للإرادة حظ في انعقادها ، سواء وجدت أم لم توجد ، وسواء كانت صحيحة أم معيبة ، وسواء هدفت إلى غرض مشروع أم غير مشروع .

وإن وجدت كلمة السبب في القانون الروماني فقد كان يقصد بها السبب الإنشائي أي مصدر الالتزام ، وكان الرومان يطلقون عليه اسم السبب المدني .[٣]

ولكن تطور الحقوق الرومانية ، وظهور العقود الرضائية أوجد لدى الرومان فكرة السبب في نطاق ضيق ومحدود .

إلا أن أول من صاغ فكرة السبب بشكلها المنطقي وذهب بها بعيداً عن ميدانها الضيق الذي حددها به الرومان رجال الكنيسة في القرون الوسطى ، حين جعلوا من السبب ركناً في الالتزام يؤثر في صحته وبطلانه ، وفسروا السبب بالباعث ، فجعلوا للسبب معنى منتجاً فاعلاً، وكان ذلك نتيجة منطقية لقاعدة رضائية العقود التي أعلنوها ، ورأوا أن للاعتبارات الدينية والأخلاقية أثرها الأول في تكوين العقود وتنفيذها ، فعلى المرء الوفاء بوعده وهو يأثم إذا أخل بقوله ، والاتفاقات تلزم أصحابها بمجرد رضائهم بها ، لكنهم بعد أن وضعوا هذه القاعدة تبيّنوا أن لكل عقد غرضاً يرمي العاقد بتعاقده إلى تحقيقه ، وهذا الغرض هو السبب في العقد ، وهو

---

(١) - الوسيط ، د. السنهوري ٤٧٨/١ .

(٢) - انظر : كيف نشأت نظرية السبب بشكل موسع في كتاب الوسيط ،د . السنهوري ٤٥٥/١ حتى ٤٧٦ وما بعدها .

(٣) - مصادر الالتزام ، د . أنور سلطان /١٤٢ ، النظرية العامة للالتزام ، د . حشمت أبو ستيت /١٧٤ .

الدافع إلى التعاقد ، وهذا السبب أو الدافع يجب أن يكون مشروعاً ، لأنه إذا كان غير مشروع فيعتبر تحقيقه خطيئة .

فالإرادة عندهم وإن تحررت من قيد الشكلية ، إلا أنها قيدت بالسبب المشروع . من هنا وجدت فكرة السبب كعنصر نفسي سابق على التعاقد ، يختلف باختلاف نوع العقد وشخص العاقد ، لكنه لازم لصحة التعاقد .

ونتيجة لسيادة هذه الفكرة الأخلاقية في تحديد مفهوم السبب أصبح القضاء ذا سلطة واسعة تخوله بصورة دائمة البحث عن الدوافع والبواعث التي ساهمت في تكوين الالتزام ،فإذا وجد أن سبب الالتزام كان غير مشروع قضى ببطلان الالتزام ، فأبطل الكثير من الالتزامات لعدم مشروعية سببها ، كديون القمار والعقود التي تهدف لاستغلال النفوذ ، والهبات أو الوصايا التي تصدر عن غاية غير مشروعة [1].

وفي القرن السابع عشر ، ورغبة في تأكيد ما للعاقدين من حرية ، وما لمبدأ سلطان الإرادة من أثر في التعاقد ، وتعطيلاً لسلطة القاضي الواسعة في التدخل في العقود وإبطال الالتزامات والبحث عن البواعث النفسية ، ظهر من عَمِل على التضييق من فكرة السبب ، وعلى تخليصها من عنصر الدافع ، وقام ينادي بعدم جواز البحث في الدوافع البعيدة عن الالتزام قاصداً بذلك إعلاء شأن مبدأ سلطان الإرادة حتى يكون المتعاقدان هما المسيطرين على عقدهما ، ولا يكون للقاضي منفذ ينفذ منه إلى إبطال عقد أبرماه [2].

من هنا نشأت التفرقة بين السبب والباعث ، وبين السبب بمعناه الفني والسبب بمعناه المصلحي ، وبين سبب الالتزام وسبب العقد ، وبين السبب باعتباره الدافع القريب المجرد الذي لا يختلف من متعاقد إلى آخر في الالتزامات ذات النوع الواحد والسبب باعتباره الدافع البعيد الشخصي الذي يختلف من شخص إلى آخر في الالتزامات ذات النوع الواحد [3].

ونشأ مع هذه التفرقة ما يسمى بالنظرية التقليدية في السبب ، التي تبناها فيما بعد القانون الفرنسي القديم ، وبقيت هذه النظرية مسلَّماً بها حقبة من الزمن ، إلى أن بدأ الشُّرَّاح

---

[1] – انظر: مصادر الالتزام د . أنور سلطان /١٤٢– ١٤٣ ، والنظرية العامة للالتزام د . ماجد الحلواني /١٠٣ وما بعدها.

[2] – مصادر الالتزام ، د . سلطان /١٤٢ – ١٤٣ ، نظرية الالتزام العامة ، د. الحلواني /١٠٦ .

[3] – النظرية العامة للالتزام ، د .حجازي ١/٣٧٠– ٣٧١ .

والقضاء في فرنسا في مناهضتها فجردوها من أهميتها وفائدتها[1]، لكنها لم تعدم من قام يدافع عنها ، بعد أن حوّر فيها بما يمكن معه تلافي موضع النقد منها .

إلا أن هذه النظرية لم تسلم من كل نقد ، إذ بقيت حتى بعد تحويرها ضيقة قاصرة عن أن تساير الحياة العملية بشتى مظاهرها ، فهي بتوقفها أمام الغرض المباشر المجرد للالتزام ، وعدم سعيها وراء البواعث الأصلية التي تدفع بالملتزم إلى الالتزام تضيق دائرة عملها فلا تستطيع مثلاً مهاجمة عقد تبرع طالما أن الالتزام فيه قد استوفى سببه بوجود نية التبرع ، وهي نية لا يمكن لها أن تكون غير مشروعة ، كما لا تستطيع إبطال التزام مؤجر بحجة أن المنزل قد استؤجر لغاية غير شريفة طالما أن هذا الالتزام قد استوفى سببه بدفع المستأجر للأجرة .

لذلك خرج القضاء عن هذه النظرية ، فلا يتقيد بالحدود التي وضعتها لفكرة السبب ، بل ينظر إلى السبب على أنه الباعث الدافع للملتزم في أن يلتزم ، ويشترط فيه أن يكون مشروعاً ليكون الالتزام صحيحاً ، وما ذلك إلا رغبة من القضاء في مسايرة الحياة العملية ، وبذلك ظل أميناً وفياً لنظرية السبب كما صورها الكنسيون ، فاشترط في السبب مشروعية الباعث ، وأعاد بذلك لهذه النظرية مرونتها وفائدتها [2].

وقد ناهض رجال القانون في بادئ الأمر هذا المسلك من جانب القضاء على اعتبار أن الباعث الدافع ليس هو السبب في العقد ، غير أنهم ما لبثوا أن سلموا بوجهة نظره بعد أن اتضحت لهم حقيقة السبب ووجوب التفرقة فيما يتعلق به بين سبب الالتزام وسبب العقد .[3] وقاموا بوضع نظرية حديثة في السبب لا تقف عند الغرض المباشر وإنما تذهب إلى أبعد من هذا فتعنى بالباعث الذاتي للملتزم .

وبذلك أصبح السبب قيداً يرد على الإرادة الحرة ، وسلاحاً بيد القضاء يستعمله حماية للنظام العام والآداب ، وضابطاً يرجع إليه رجال القانون ليربطوا بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين في الوجود والزوال ، وليعللوا حقوقياً أساس نظريات الدفع بعدم التنفيذ والفسخ وتحمل التبعة[4].

---

[1] - المرجع السابق .

[2] - مصادر الالتزام ، د . سلطان ١٤٣ ، نظرية الالتزام العامة د . الحلواني /١١٩ .

[3] - مصادر الالتزام ، د . سلطان ١٤٣ .

[4] - نظرية الالتزام العامة ، د . الحلواني / ١٠٩ ، ويعني الدفع بعدم التنفيذ أنه في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، جاز للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، أو أن يدفع بعدم التنفيذ ، أو أن يفسخ العقد ، وهذا من فوائد نظرية السبب التقليدية ، وكذلك إذا استحال على أحدهما تنفيذ التزامه لقوة قاهرة تحمل هو تبعة هذه

• الفرع الثالث : النظرية الحديثة في السبب

إن من أهم ما يعاب على النظرية التقليدية في السبب هو استبعادها لفكرة الباعث الدافع واعتدادها بالسبب القصدي أو الغرض المباشر ، لذا ولدت هذه النظرية وقوامها أنها لا تقف عند الغرض المباشر الأول ، كما هو حال سابقتها ، بل تدخل في سبب الالتزام الباعث الذي دفع الملتزم إلى أن يرتضي التحمل بالالتزام ، وهو كما سبق أمر ذاتي خارج عن العقد ، يختلف باختلاف شخص المتعاقد .

وحرصاً من واضعي هذه النظرية على استقرار التعاملات في المجتمع فقد تنبهوا إلى أمر وهو أنهم لن يُعْنُوا بكافة بواعث الإرادة ، بل بالباعث الدافع على التعاقد ، أي بالباعث الرئيسي إلى التعاقد ، فهذا الباعث فقط هو الذي يقف عنده القاضي لمعرفة ما إذا كان مشروعاً أو غير مشروع ، أما ما عداه من البواعث الثانوية التي قد توجد بجانبه فلا يعنى بها القاضي ، ولو كانت غير مشروعة ، لأنه لا أثر لها على الإرادة .

إلى جانب هذا القيد وجد قيد آخر ، وهو اشتراط أن يكون هذا الباعث داخلاً في دائرة التعاقد ، أي معلوماً من المتعاقد الآخر ، سواء علم به أو كان يستطيع على الأقل أن يعلم به ، وإلا بقي الباعث أمراً داخلياً ، كامناً في نفس المتعاقد وغريباً عن العقد وغير داخل في مضمون السبب .

فهذه النظرية لا تهجر منطق النظرية التقليدية على إطلاقه ، فهي لا تعدو أن تكون مكملة له ، فهي ما زالت تعتد في العقود الملزمة للجانبين بالسبب القصدي ، بمعنى الغرض المباشر الأول ، وكل ما هنالك أنها لا تقف عنده ، بل تزيد عليه الباعث الدافع ، بشرط أن يكون المتعاقد الآخر عالماً به أو في استطاعته أن يعلم به .

- الاستحالة وسقط الالتزام الآخر . وتعلل النظرية التقليدية هذه النتائج جميعها بنظرية السبب ، فهي ترى أن انقطاع سبب أحد الالتزامين بامتناع الملتزم عن التنفيذ أو باستحالة التنفيذ يسقط التزام الطرف الآخر ، مما يفتح له المجال للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أو الفسخ أو لإلقاء تبعة الاستحالة على عاتق من استحال تنفيذ التزامه ، وقد نصت المادة (١٦٢) من القانون المدني على ما يلي : " في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به " . المرجع السابق . وانظر : النظرية العامة للالتزام ، د . حشمت أبو ستيت / ١٧٦ .

أما في التبرعات فترى أن سبب التزام المتبرع هو الرغبة في إسداء الجميل للمتبرع لـه ، ثم تضيف إليه الباعث الدافع إذا كان ملحوظاً في التعاقد ، بمعنى أن يكون الموهوب له مثلاً عالماً بـه أو كان في مقدوره أن يعلم به لو أنه بذل جهد الرجل العادي [١].

ومن تطبيقات هذه النظرية أن القضاء المصري قضى ببطلان هبة عقدهـا أب لابنـه تأسيساً على أن الباعث إليها هو قصر حقه في إرثه بعد موته على الأرض الموهوبة دون بـاقي أراضيه ، وهو باعث غير مشروع لمخالفته أحكام الميراث [٢] . وهذا المثال يؤدي إلى ضـرورة معرفة الفرق بين السبب والمحل .

فالحقيقة أن ثمة سببين لا يغني أحدهما عن الآخر : سبب فني لا بد من الاعتداد به لكي تتحقق سلامة العقد وسلامة الالتزام من الناحية الفنية ،ولكي يتحقق تنفيذ العقود والالتزامـات الناشئة عنها تنفيذاً عادلاً ، وسبب مصلحي لا بد من الاعتداد به حتى لا يكون في العقود ما يعد مخالفاً للأخلاق أو النظام العام أو القانون .

فهما إذاً متكاملان لايجوز الاستغناء بأحدهما عن الآخر ، وإنه لهذا لا يجوز الاكتفـاء بنظرية السبب الباعث أو السبب الدافع حتى لا يؤدي هذا إلى تحقيق أحد الغرضين فقط ، وهو سلامة الالتزام من الناحية المصلحية وإهمال الغرض الآخر وهو سلامة العقد من الناحية الفنية [٣].

ثم إن هناك من النظم القانونية القائمة ما يقتضي الأخذ بفكرة السبب الفـني ، فـالدفع بعدم التنفيذ أو الفسخ وتحمل التبعة كل هذه النظم لا يمكن تأسيسها على فكرة السبب بمعنـاه المصلحي ، أي على اعتبار أنه الباعث المستحث ، بل على أساس السبب بمعناه الفني أي علـى اعتبار أنه ضرورة فنية [٤].

---

[١] - انظر : نظرية العقد والإرادة المنفردة ، د . عبد الفتاح عبد الباقي /٤٣٩ وما بعدها ، ومصادر الالتزام ،د. أنور سلطان /١٥٣- ١٥٤ .

[٢] - نظرية العقد ، د . عبد الباقي /٤٤٤ . وانظر تعليقه في الحاشية (٣) : " ورأينا أن الصواب في واقعات الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم هو تأسيس البطلان على عدم مشروعية المحل باعتبار الهبة واردة على تركة مسـتقبلة ". وانظـر : /٤١٨ حاشية (١) من المرجع ذاته .

[٣] - قارن الوسيط ، للسنهوري ٥١٧/١ " ونحن لا نرى مقتضياً لاستبقاء النظرية التقليديـة وتكميلـها بالنظريـة الحديثة .."

[٤] - النظرية العامة للالتزام ، د .حجازي ٤٢١/١- ٤٢٢ .

ورغم تكامل هذين السببين ، إلا أن بينهما من الفروق ما يميز الواحد منهما من الآخر :

١- إذا كان سبب الالتزام أو السبب الفني هو أقرب الدوافع إلى الملتزم ، فالسبب المصلحي أو سبب العقد هو الدافع البعيد .

٢- إن سبب الالتزام أو السبب الفني لا يتغير في زمرة العقود ذات النوع الواحد ، لذلك يسمى " السبب الموضوعي " في حين أن السبب المصلحي أو سبب العقد يختلف من عقد إلى آخر ، لذلك يسمى "الباعث الشخصي " .

٣- إن سبب الالتزام لا يختلف باختلاف المتعاقدين ، ولذا يسمى " السبب المجرد "،في حين أن سبب العقد يختلف من عاقد إلى آخر ، ولذا يسمى " السبب المحرك ".

٤- إن وظيفة سبب الالتزام هي سلامة الالتزام من الناحية الفنية ، لذا يسمى " السبب الفني "أما وظيفة سبب العقد فهي حماية مصلحة المجتمع لأنه يرمي إلى منع صحة عقد يبتغي بوسائل فنية مشروعة وصحيحة الوصول إلى نتائج غير مشروعة ، ومن هنا كان سبب العقد وسيلة احتياطية لإبطال عقد صحيح من الناحية الفنية ، خطر من الناحية الاجتماعية .

٥- إذا كان سبب الالتزام لايتضمن معنى الجزاء على خطأ فسبب العقد يتضمن فكرة الجزاء على خطأ ، وهو أن المتعاقدين يريدان تحقيق غاية غير مشروعة ، وهذا خطأ يستوجب جزاء هو بطلان العقد .

٦- إذا كان سبب الالتزام عنصراً إيجابياً ، إذ يجب أن يوجد لكي يوجد الالتزام ، فسبب العقد عنصر سلبي لا يعتد به إلا إذا كان غير مشروع ويكون المقصود من الاعتداد به هو إبطال العقد[١] .

---

[١] - المرجع السابق /٤٢٢ ، النظرية العامة للالتزام ، د . سوار ١/١٥٢ - ١٥٣ .

• **الفرع الرابع : الفرق بين المحل[1] والسبب**

من الأهمية بمكان وجوب عدم الخلط بين السبب الباعث وبين محل العقد ، خاصة وأن عدم المشروعية قد يكون عالقاً بالمحل كما قد يكون عالقاً بالسبب ، فيختلط الأمر في علة البطلان ، أهي عدم مشروعية المحل أم عدم مشروعية السبب . والتمييز بين حالات بطلان العقد لعدم مشروعية محله و حالات بطلانه لعدم مشروعية سببه أمر ليس باليسير في كثير من الحالات .

وقد ابتدع أحد رجال القانون في الغرب معياراً مدرسياً لتمييز المحل عن السبب ، فالمحل هو الجواب عن السؤال " بماذا أنت مدين ؟" . أما السبب فهو الجواب عن السؤال " لماذا أنت مدين "[2].

والإجابة عن السؤال الأخير قد تتعدد بتعدد البواعث والأغراض التي يهدف الملتزم لتحقيقها ، والمهم هنا الوقوف عند الباعث الرئيسي الذي حمله على الالتزام أو على التعاقد .

والمحل في الأصل [3] عنصر مادي ، في حين أن السبب هو أمر نفسي .

---

(١)- يميز فريق من رجال القانون بين محل الالتزام ومحل العقد ، فمحل الالتزام هو ما قد يتعهد المدين بأدائه ، ففي عقد الإيجار مثلاً، محل التزام المستأجر هو دفع الأجرة ومحل التزام المؤجر هو تسليم العين المؤجرة ، ومحل الالتزامين مشروع ، فإذا تعلق الإيجار باستغلال المأجور بأمر مخالف للآداب العامة أو النظام العام (كلعب القمار) فلا يبطل العقد لعدم مشروعية المحل ، وإنما يبطل لعدم مشروعية الباعث الدافع إلى التعاقد .

أما محل العقد فهو العملية القانونية التي يراد تحقيقها ، وقد تكون هذه العملية القانونية مشروعة على حين يكون الدافع إليها غير مشروع ، ففي المثال السابق ، محل العقد هو تأجير العين ، وهو عمل مشروع أما السبب الباعث فهو استغلال العين بأمر مخالف للآداب العامة ، وهذا السبب غير مشروع لذا يبطل العقد لعدم مشروعية السبب على الرغم من مشروعية المحل . انظر : مصادر الالتزام د . سلطان /١٥٥ وما بعدها .

(٢) - النظرية العامة للالتزام ، د . سوار ١/١٤٠ .

(٣) - فقد يكون محل الالتزام القيام بعمل ، سواء كان ذلك العمل إيجابياً أم سلبياً .

المطلب الثالث : السبب في القانون المدني السوري

آثر القانون المدني السوري ، وأصله المصري ، أن يأخذ بالسبب كركن لازم لقيام العقد إلى جانب الرضا والمحل ، ويظهر ذلك جلياً في نص المادة /١٣٦/ منه إذ ينص على ضرورة أن يكون للالتزام سبب ، وأن يكون مشروعاً ، وإلا كان العقد باطلاً ، لتخلف أحد أركانه ، والقانون يساير بذلك النزعة اللاتينية في القوانين الغربية التي يترأسها القانون الفرنسي .

إلا أن القانون لم يفصح عن المقصود بالسبب ، فهل هو السبب القصدي أم سبب الالتزام حسب النظرية التقليدية ، أم أنه السبب الدافع أو الباعث حسب النظرية الحديثة ؟ .

• الفرع الأول : المقصود بكلمة السبب

اختلف شراح القانون في مضمون كلمة " السبب " الواردة فيه ، إذ لا يوجد في صلب التقنين ما يقطع في الأمر بقول فصل ، وقد تعاورت معنى السبب وجهتا نظر :

- الأولى تقول : بأن السبب هو الباعث الدافع ، وهذا هو رأي أ.د . عبد الرزاق السنهوري واضع مشروع القانون المدني المصري ، أصل القانون المدني السوري ، وكان من خصوم النظرية التقليدية ، فقال : "لم يصرح التقنين الجديد فيما أورده من نص بالمعنى الذي يقصده من السبب ، ولكن لا شك في أنه يعتنق النظرية الحديثة ، وينبذ النظرية التقليدية "[1].

وقد يفهم من هذا النص أن اعتناق النظرية الحديثة يعني ازدواجية السبب كما سبق .[2]

إلا أنه قال : "فالسبب إذاً ،في نظرالتقنين الجديد ، هو الباعث الدافع إلى التعاقد .."[3] وقد دافع عن رأيه هذا دفاعاً قوياً مستنداً إلى ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ، وإلى أعمال اللجان المختلفة التي ناقشت المشروع قبل إقراره، فقد جاء في المذكرة : " إنما يقصد بالسبب معناه الحديث ، كما يتمثله القضاءان المصري والفرنسي في العصر الحاضر ، فهو بهذه المثابة الباعث المستحث في التصرفات القانونية عامة ، لا فرق في ذلك بين التبرعات والمعاوضات "[4].

---

(١) - الوسيط ، د . السنهوري ١/٥١٤ .

(٢) - انظر ما سبق ص / ١٥٦ .

(٣) - الوسيط ١/٥١٥ .

(٤) - الوسيط ١/٥١٥

- الثانية تقول : بفكرة ازدواجية السبب ، فالقانون وإن أخذ بالنظرية الحديثة إلا أنه لم يقطع كل صلة له بنظرية السبب التقليدية ، فلا تعارض بين فكرة سبب الالتزام وفكرة سبب العقد . وقد جاء في النص القانوني أنه " إذا لم يكن للالتزام سبب ... كان العقد باطلا ". فلو كان المقصود " بالسبب " الباعث الدافع لما صح هذا التعبير ، إذ لابد في كل إرادة من باعث يدفعها لا يتصور معه وجود التزام بلا باعث ، و لا يمكن بالتالي تفسير لفظ " السبب " الوارد في النص إلا بأنه الغرض المباشر للالتزام ، أو سبب الالتزام لأنه من الممكن تصور تخلفه [1].

كما جاء في النص القانوني ذاته شرط المشروعية : " أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً " . فلو كان المقصود " بالسبب " هو سبب الالتزام ، أو السبب القصدي ، لما صح هذا التعبير أيضاً ، إذ لا يتصور أن يكون سبب الالتزام غير مشروع ، وهذا الشرط لا يتطلب وجوده إلا في سبب العقد .

بناء على هذا يكون نص المادة (١٣٧) قد اشترط شرطين في السبب : الأول : أن يكون موجوداً ، وهذا في سبب الالتزام ، والثاني : أن يكون مشروعاً ، وهذا في سبب العقد .

من جهة ثانية ، إن اعتداد القانون المدني في أحوال استثنائية بفكرة التصرف المجرد ، وهو التصرف الذي تجردت فيه الإرادة عن كل غرض مباشر في التزامها ، دليل على أن الأصل في الالتزامات أن تكون مسببة [2].

وهذا الاتجاه - الثاني - هو الأرجح ، فالمشرع إنما يقصد بالسبب ما قصدت إليه النظرية التقليدية لا مجرد الباعث ، إذ لا تصرف بدون باعث .

---

(١) - النظرية العامة للالتزام ، د . وحيد الدين سوار ١/١٥٤ ، نظرية الالتزام العامة ، د . ماجد الحلواني /١٢٤ .

(٢) - مثال التصرف المجرد : " التزام المناب قِبَلَ المناب لديه يكون صحيحاً ، ولو كان التزامه قبل المنيب باطلاً ، أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفوع ، ومثل هذا أيضاً التزام الكفيل نحو الدائن ، فهو تصرف مجرد لا ينظر فيه إلى سببه ، ولا تتوقف صحته على وجود السبب ، فالالتزام صحيح ، وعلى المدين أن ينفذه على الرغم من عدم وجود السبب ، دون أن يكون له أن يحتج ببطلان التزامه هذا طالما أنه تعهد بالوفاء بالشكل الذي حدده القانون ، نظرية الالتزام العامة ، د . ماجد الحلواني /١٢٤ .

• **الفرع الثاني : إثبات السبب**

من مقتضى القواعد العامة أن يقع عبء إثبات السبب في وجوده وفي مشروعيته على الدائن ، فهو الذي يدعي وجود الدين ، فعليه كأصل عام أن يثبت قيام مصدره ، وهو هنا العقد ،وإثبات العقد يتضمن إقامة الدليل على توافر كل أركانه ، ومن بينها السبب .

إلا أن القانون رفع عبء إثبات السبب وجوداً ومشروعية عن الدائن ، وجاء بقاعدتين :

الأولى : افتراض وجود السبب ومشروعيته ، عندما يخلو العقد من ذكر لهما .

الثانية : افتراض أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ، حتى يقوم الدليل على خلافه، وفي ذلك تقضي المادة (١٣٨) بأن : " ١- كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك " .

" ٢- ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل على صورية السبب ، فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه " .

القاعدة الأولى : إذا لم يذكر السبب في العقد : أعفت هذه القاعدة الدائن من عبء إثبات السبب ، فهو يستطيع المطالبة بالوفاء بمجرد أن يثبت قيام الالتزام ، دون حاجة لإثبات سببه ، لأنه يفترض أن سبب الالتزام موجود وثابت ، وعدم ذكره في العقد لا يبطله ، لأن القانون لا يشترط ذكره فيه ، وعندما يخلو العقد من ذكر السبب تقوم قرينة قانونية على أن للالتزام سبباً ، وأن هذا السبب مشروع ، إلا أن هذه القرينة ليست مطلقة ، بل يمكن إثبات عكسها وذلك بكافة الطرق بما فيها البينة والقرائن .

القاعدة الثانية : السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي : وضعت هذه القاعدة قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس ، إلا أن كيفية إثبات العكس تختلف هنا عن إثبات العكس في الحالة السابقة وعلى المدين أن يثبت واحداً من أمور ثلاثة : أن السبب المذكور في العقد موهوم ، أو غير مشروع ، أو صوري .

آ- فإذا ادعى المدين أن السبب المذكور في العقد لا وجود له أصلاً كان عليه إثبات ما يدعيه كتابة ، إذ إن القاعدة أنه لا يمكن إثبات عكس الثابت كتابة إلا بدليل خطي .

ب – أما إذا ادعى المدين أن السبب المذكور في العقد غير مشروع فله أن يثبت ادعاءه بكافة الطرق ، لأنه لا يود إثبات عكس الثابت كتابة ، بل مخالفة هذا السبب الثابت للنظام العام والآداب ، وعليه في هذه الحال أن يثبت علم الطرف الآخر بعدم مشروعية السبب .

ج – أما إذا ادعى المدين أن السبب المذكور في العقد هو سبب صوري يخفي وراءه سبباً آخر حقيقياً ، فلا بد له من أن يقدم دليلاً خطياً على ذلك ، لأنه لا يمكن إثبات عكس الثابت بالكتابة إلا بدليل خطي . فإن أثبت ذلك كان العقد صحيحاً والالتزام كذلك لأن الصورية لا تبطل الالتزام ، وأما إذا كان السبب الحقيقي غير مشروع فالالتزام ولا شك باطل [1].

*** *** *** ***

إذاً ، فالباعث الذي يطلق عليه السبب الدافع إلى التعاقد ، قد عدَّه رجال القانون ركناً في العقد إضافة إلى المحل والرضا ، وخلطوا في بعض الأحيان بينه وبين شرائط المحل خلطاً لا ينبئ عن الدقة في التمييز بين المفاهيم ، فمن ذلك أنهم يعدون العقد باطلاً لعدم مشروعية السبب إذا كان اتفاقاً بين طرفين على أن يقوم أحدهما بسرقة أو جريمة قتل ، وهذا ليس من معنى الباعث في شيء ، بل هو من قبيل شروط محل العقد الذي لم يتوافر فيه شرط (كونه قابلاً لحكم العقد وأثره) وهو المشروعية ، إذ محل الالتزام هنا القيام بعمل ، ومن شروطه أن يكون محله مشروعاً .

أما الباعث ، فأمر وراء ذلك وهو الحامل للمتعاقد أو كليهما على تحقيق غرض غير مباشر أو هدف بعيد ، فضلاً عن الغرض الأصلي للتصرف ، وذلك باتخاذ التصرف المشروع في ذاته وسيلة لتحقيق غرض غير مشروع .

أما في الفقه الإسلامي فركن العقد إما أن يقتصر على الصيغة كركن وحيد كما هو الحال في الفقه الحنفي ، وإما أن يضيف إليها العاقدين والمحل كما هو الحال عند الجمهور ، فلا مكان للباعث ضمن أركان العقد ، وإنما يمكن عدُّه شرط انعقاد عند من يعتد به .

---

(1) – انظر في شأن كل ما تقدم:الوسيط ، د . السنهوري ٥٢٧/١ وما بعدها ، النظرية العامة للالتزام، د . حشمت أبو ستيت / ١٨٠ وما بعدها ، نظرية العقد ، د . عبد الفتاح عبد الباقي /٤٥٧ وما بعدها ، نظرية الالتزام العامة ، د. ماجد الحلواني /١٢٤ وما بعدها .

الفصل الرابع

أثر الباعث غير المشروع في الفقه الإسلامي

المبحث الأول : الباعث غير المشروع في المذاهب الفقهية .

المبحث الثاني : أدلة المذاهب الفقهية ومناقشتها .

الفصل الرابع

أثر الباعث غير المشروع في الفقه الإسلامي

• تمهيد عن السبب في الفقه الإسلامي

بعد أن اتضحت مكانة الباعث - وهو السبب - في نظرية العقد من وجهة النظر القانونية ، وتبين أن العقد ينعقد بالرضا ، ويجب أن يكون هناك محل وسبب سواء اعتُبرا ركنين في الالتزام ، أم في العقد ، وتبين أن تخلف السبب بنوعيه : سبب الالتزام أو السبب القصدي ، وسبب العقد أو الباعث يفقد العقد ركناً من أركانه ، أو شرطاً من شروط انعقاده ، فيكون بذلك باطلاً بطلاناً مطلقاً .

كان لا بد من بحث السبب في الفقه الإسلامي بمعنييه السابقين ، مع العلم أن للفقهاء المسلمين منهجهم الخاص في البحث [1]، فقد عرفوا نظرية السبب في أسسها وأصولها العامة ، بل وفي كثير من فروعها وتطبيقاتها تحت اصطلاح النية أو القصد ، ولكنهم لم يتناولوها على نحو ما يقول به الفكر القانوني المعاصر [2]، إلا أنه لم يفتهم بحثه - أي السبب - في علم أصول الفقه .

فالسبب عند الأصوليين : كل حادث ربط به الشارع أمرا آخر وجوداً أو عدماً وهو خارج عن ماهيته، وقد عرفه الشاشي رحمه الله وهو من فقهاء الحنفية [3] بأنه : " ما يكون طريقاً إلى الشيء بواسطة : كالطريق ، فإنه سبب للوصول إلى المقصد بواسطة المشي ، والحبل ، فإنه

[1] - إذ لكل تشريع منطقة ، ومن الخطأ فرض منطق تشريع على منطق تشريع آخر .

[2] - قال د . محمد يوسف موسى في مقال له عن أزمة الفقه الإسلامي - نظرية السبب في العقد - المنشور في مجلة الأزهر المجلد ٢٤ ، الجزء ٧ لعام ١٣٧٢- ١٩٥٣ . " إن كبير رجال القانون في مصر وهو الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري ذكر في بعض دروسه في قسم الدكتوراه بكلية الحقوق من جامعة القاهرة منذ بضعة أسابيع أن الفقه الإسلامي لم يعرف نظرية السبب في العقود " ثم يعقب قائلاً : " وللأستاذ الكبير كل العذر حين يذهب إلى هذا الرأي ، فإن أحداً من رجال الفقه الإسلامي في مصر لم يحاول التعمق في البحث والتنقيب في التراث الفقهي الإسلامي من هذه الناحية ، مع أنه من الحق أن نؤكد أن جرثومة هذه النظرية نجدها واضحة فيما ترك بعض الفقهاء القدامى ، وإن كنا قد أغفلنا متابعتهم في البحث قروناً طويلة في هذا السبيل " .

[3] - أبو علي أحمد بن محمد بن إسحاق ، نظام الدين (٣٤٤هـ) ، وهناك شاشي آخر يعرف بالقفال من فقهاء الشافعية اسمه أبو بكر محمد بن إسماعيل (٤١٣ هـ) .

سبب للوصول إلى الماء بالإدلاء ، فعلى هذا كل ما كان طريقاً إلى الحكم بواسطة يسمى سبباً له شرعاً ، وتسمى الواسطة علة "[1] .

ويأتي السبب بمعنى العلة ، وقد يقام مقامها [2] ، فالفعل الضار سبب و علّة للضمان واستحقاق التعويض ، والفعل الجرمي سبب و علّة للقصاص وإقامة الحد ، والعقد أو التصرف سبب و علة لما يترتب عليه من آثار والتزامات ، إلا أنه أعم من العلة ، لأن العلة هي السبب الظاهر المناسب الذي يبني عليه الشارع الحكم ، في حين أن السبب يشمل كل ما يتوصل به إلى غيره ويفضي إليه ، ولذلك كان من علامته أن يكون مضافاً ، والمسبَّب مضاف إليه ، فيقال : ضمان الإتلاف [3] ، والتزامات العقد ، وما دامت الالتزامات مسبَّبة عن العقد الذي هو سببها ، والعقد مصدر من مصادر الالتزام ، فالسبب يأخذ معنى المصدر [4] ، فالعقود تعدُّ أسباباً ظاهرة لحل أو حرمة المال وغيره من موضوعاتها .

والسبب من الأسماء المشتركة ، وله إطلاقات ومعان عديدة مختلفة فيما بينها ، ربما لا يكون أحدها هو المراد هنا ، وهذه الإطلاقات كما ذكرها الغزالي رحمه الله هي :

١- يطلق في مقابلة المباشرة ، ومنه حفر البئر الذي يعتبر سبباً لموت من يتردّى فيه ، وإن كان السبب الحقيقي هنا هو التردّي في البئر لا حفره ، ولكن لما حدث الهلاك عنده سمي سبباً .
٢- يطلق على الفعل المباشر الذي يؤدي إلى نتيجة ما ، كالرمي بالسهم ، فإنه يعتبر سبباً لما ينتج عنه من القتل ، وإن كان هذا قد حصل بالإصابة فعلاً لا بمجرد الرمي الذي قد يخطئ هدفه فهو على التحقيق علة العلة ، أو سبب لعلة القتل .
٣- ما يحسن إضافة الحكم إليه ، مثل ملك النصاب ، و هو سبب الزكاة دون الحول ، وإن كان لا بد منه كشرط لوجوب الزكاة ، فهنا ملك النصاب هو سبب وجوب أداء الزكاة ، ومرور العام على هذا الملك شرط ضروري لوجوبها .

---

(١) - أصول الشاشي /٣٥٣ ، دار الكتاب العربي ١٤٠٢ ، بيروت .
(٢) - المرجع السابق /٣٥٩ .
(٣) - الإتلاف علة تضمين التلف .
(٤) - سبق استبعاد هذا المعنى حين الكلام عن معاني السبب . وهو السبب الإنشائي انظر /١٥٠ .

٤- تسميتهم الموجب سبباً ، فيكون السبب بمعنى العلة ، وهذا أبعد الوجوه عن وضع اللسان ، فإن السبب في الوضع عبارة عما يحصل الحكم عنده لا به ، ولكن هذا يحسن في العلل الشرعية ، لأنها لا توجب الحكم لذاتها ، بل بإيجاب الله تعالى ، ولنصبه هذه الأسباب علامات لإظهار الحكم ، فالعلل الشرعية في معنى العلامات المظهرة ، فشابهت ما يحصل الحكم عنده [1].

والحقيقية أنه لا يراد بالسبب - موضوع البحث - شيء من هذه المعاني التي يطلق السبب عليها بصفة عامة في اللغة وأصول الفقه ، وإنما المراد هنا المقصود من العقد والدافع الباعث إليه ، ويمكن استخلاص ذلك من التعرف إلى إرادتي طرفي العقد وما يهدفان إليه .

وبالموازنة بين المصطلحات الشرعية والقانونية ، يمكن القول : إن السبب القصدي للتصرف أو العقد أو ما يعرف بالسبب الفني ، أو السبب بالمفهوم التقليدي هو عند الفقهاء المسلمين المقصد الأصلي للعقد ، وقد سبق بحثه في الفصل السابق تحت عنوان : موضوع العقد [2].

وهناك تعليق للدكتور وحيد الدين سوار حول استخدام الفقهاء لكلمة " المقصد" بدل " السبب " قال : " إن كلمة " المقصد " التي وردت على لسان الفقهاء هي أدق من كلمة "السبب " الواردة في المفهوم التقليدي الغربي ، لأن كلمة السبب تعطي فكرة عن شيء سابق على العقد التام ، بينما المقصد تدل على شيء في المستقبل ، أو على الأقل على شيء حاضر، يمكن الوصول إليه حين العقد ، لكن لا تدل على الماضي ، ولهذا فنحن نرى أن الفقهاء المسلمين التزموا جانب الدقة عندما استعملوا كلمة السبب بمعنى المصدر المنشئ ، وكلمة المقصد بمعنى السبب الفني" [3].

---

(١) - المستصفى ١/٩٣-٩٤ (الفصل الأول من الفن الرابع من القطب الأول) .

(٢) - انظر ص/ ١٤٣ من هذه الرسالة .

(٣) - التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي /٥٠٠ حاشية (١) ، وللمقصد الأصلي خصائص ثلاث هي :

١- إنه ذو طابع مادي ، يتميز عن المحل وعن السبب بمعنييه الفني والمصلحي .

٢- أنه محدد لنوع التصرف أو العقد .

٣- إنه ممثل للهدف القانوني من التصرف ، سواء كان هدفاً اقتصادياً أم اجتماعياً .

أما سبب العقد أو ما يسمى بالسبب المصلحي فهو الباعث الدافع ، ومقتضى هـــذا السبب -كما سبق - أن لا يقف القاضي عند مجرد توافر شروط التصـــرف وأركانـــه مـــن الوجهة الفنية ، بل يترتب عليه تحري البواعث والدوافع التي حركت إرادة صاحب التصـــرف ودفعته ، إذ ليس يكفي أن يتوافر الإيجاب والقبول متطابقين ، وأن تكون أهلية العاقدين تامة ، ومحل العقد قابلاً لحكمه لكي يحكم القاضي بصحة التصرف ، لأن العاقدين قد يســـتخدمان الوسائل الفنية المشروعة لتحقيق غايات غير مشروعة ، عندئذ يتعين علـــى القـــاضي أن لا يقرهما على ذلك ، و أن يتعقب تلك الغاية المشروعة التي يرميان إليها ، يقوده في ذلك معيـــار النظام الشرعي العام .

***   ***   ***   ***

المبحث الأول

الباعث غير المشروع في المذاهب الفقهية

يحرم في الشريعة الإسلامية الغناء والنوح والخمر والدم والميتة والخنزير والأصنام والزنا والتلهي وصنع الصلبان وغيرها كثير ، فإذا ما انصب العقد أو التصرف على إحدى هذه المحرمات كان بإمكان القاضي إبطاله ، لأنه عقد متعارض مع النظام الشرعي العام .

والقاضي يبحث أولاً في نية التصرف من الناحية الفنية ، فإذا ما تأكد من سلامتها ، بأن توافرت فيها شروط التصرف وأركانه ، انتقل بعد ذلك للبحث فيما إذا كان ثمة بواعث دافعة غير مشروعة تمس مصلحة المجتمع وآدابه .

وخير مثال يوضح المسألة ويعين المراد عقد شراء جارية [1] للخدمة ، إذا توافرت فيه شروطه وأركانه ، ولم يهدف إلى ما يخل بمصلحة المجتمع أو بالنظام الشرعي العام ، كان العقد صحيحاً من الناحية الفنية والمصلحية . أما إذا كان الدافع على شراء الجارية إكراهها على البغاء ، والاستمتاع بغنائها ، أو تسخيرها للندب والنوح ، أو لبيع الخمر ، أو لنحت الأصنام والصلبان كان العقد محرماً ، ولكن اختلف الفقهاء في إبطال القاضي لمثل هذه العقود.

- **تحرير محل النزاع**

الذي لا خلاف فيه أن النية الباعثة مدار حل الفعل وحرمته ، والأصل في هذا – كما سبق – الحديث المشهور " إنما الأعمال بالنيات " ، ومن تطبيقاته : أن من تصدق ناوياً إعانة الفقير والتقرب إلى الله تعالى أثيب ، وإن نوى الرياء والسمعة أثم .

---

(١)- نعم لا يوجد اليوم رق ، وأحكامه معطلة ، وهناك قوانين وأنظمة دولية تمنعه ، ولكن عدم وجوده لا يلغي الأحكام الشرعية المتعلقة به ، فهذه الأحكام لم تنسخ ، فلا نسخ بعد ارتفاع الوحي ووفاته عليه الصلاة والسلام ، وما زالت وستبقى آيات كثيرة تتعلق بأحكامه تتلى ، ولم يقل أحد من العلماء بنسخها .

ولو كان الرق يتنافى مع مقاصد الشريعة لألغاه الإسلام كما ألغى الخمر وكثيراً من المحرمات . فالرق كان سبباً في دخول العديد من الشعوب إلى المجتمع الإسلامي واعتناقهم له . إذ كان الوسيلة الأفضل لهؤلاء في معايشة الحياة الإسلامية ومعرفة فضائلها ، كما كان السبيل إلى مراقبتهم من جهة لا ترهق الدولة ، لذلك سرعان ما دخلوا في الإسلام ، وحسن إسلام كثير منهم وكان منهم الأئمة والعلماء ، ومن ثم جعل الشرع طرقاً عديدة لإعتاقهم ، لكن الشرع يتشوف أو يتشوق إلى الحرية أو إعتاق العبيد ولا يقر إنشاء رق على حر ، والمصدر المأذون به هو رق الأسر فقط إذا فرضه الإمام الحاكم على الأسرى .

ومن عقد على امرأة ناوياً التأقيت أثم ، وإن نوى استدامة النكاح وعفاف النفس وتكثير الذرية أثيب .

ومن نظر إلى الأجنبية بقصد الخطبة والنكاح حل نظره ، ومن نظر بقصد التشهي والتلذذ أثم .

كل هذا لا خلاف فيه وهو ما يعرف بالحكم الدياني ، ولكن الخلاف في الحكم القضائي ، أي في أثر الباعث على صحة العقد وفساده ، وبعبارة أخرى في سلطة القاضي التي تخوله الحكم على العقد بالبطلان .

فهل يؤثر الباعث غير المشروع في العقد فيفسده إن ظهر أو حُفَّ العقد بما يدل عليه؟ أم لا أثر له ، لأن النوايا والبواعث أمر بين العبد وربه فالله يتولاها والأحكام تجري على الظاهر .

وإن كان ذا أثر في العقد فهل يهدم هذا العقد بدون قيد أو شرط ، أم إن ثمة شروط يجب توافرها لكي يُفسد هذا الباعث غير المشروع التصرف الذي قام عليه ؟.

قبل الإجابة عن هذا التساؤل لا بد من بيان أن ثمة شرطين لإعمال الباعث غير المشروع : شرط متفق عليه ، وآخر مختلف فيه . أما الشرط المتفق عليه ، فهو علم العاقد الآخر بالباعث غير المشروع الذي دفع الطرف الآخر إلى التعاقد ، وهذا الشرط نتيجة لنزوع الفقه الإسلامي نحو استقرار التعامل ، فلا يعمل بالباعث غير المشروع إذا جهله العاقد الآخر .

وأما الشرط المختلف فيه فهو ظهور الباعث غير المشروع في صلب العقد بِعدِّه جزءاً من التعبير عن الإرادة .

وقد انقسمت آراء الفقهاء بشأن أثر الباعث إلى اتجاهين :

١- من الفقهاء من غلب على فروعه وأصوله الأخذ بظاهر القول من غير بحث في النيات الباعثة ، فلا أثر للباعث عندهم ، ويشترطون للبحث فيه ضرورة ظهوره في الإرادة الظاهرة نفسها ، أي دخوله في دائرة التعاقد، ويمثل هذا الاتجاه الحنفية والشافعية والظاهرية .

٢- ومن الفقهاء من أخذ بالنيات والبواعث ولم يشترط للبحث فيها ظهورها في متن العقد ما دام الطرف الآخر على علم بها ، فيفسر أصحاب هذا الاتجاه ألفاظ العقد على مقتضى ما تحمله النيات ، وما تومئ إليه تلك البواعث والدوافع التي دفعت صاحب

التصرف ، هذا طبعاً بعد استكمال العقد لأركانه وشروطه الشرعية ، أو ما يعرف بكيان العقد الفني .

فالفقه الإسلامي تجاه الباعث غير المشروع أو ما يعرف بسبب العقد يتنازعه عاملان متعارضان :

آ- فهو فقه ذو نزعة موضوعية بارزة ، يعتد بالتعبير عن الإرادة دون الإرادة ذاتها ، أي يأخذ بمذهب الإرادة الظاهرة ، لا بمذهب الإرادة الباطنة فيختفي الباعث تحت ستار من صيغة العقد والتعبير عن الإرادة ويختلط الباعث بالمحل ، فلا يعتد بالباعث على التعاقد إلا حيث يتضمنه التعبير عن الإرادة ، فإن لم يتضمنه التعبير لم يعتد به [1].

ب - لكنه مع ذلك فقه تتغلب فيه العوامل الأدبية والخلقية والدينية ، وهذا يعني أنه يعتني بالباعث الذي تقاس به شرف النوايا وطهارتها ، فيعتد بالباعث ولو لم يتضمنه التعبير عن الإرادة ، أي ولو لم يذكر في العقد ، ويكون العقد صحيحاً أو باطلاً تبعاً لما إذا كان هذا الباعث مشروعاً أو غير مشروع [2].

وفيما يلي تفصيل مذاهب الفقهاء :

المطلب الأول : أصحاب الإرادة الظاهرة في الباعث أو أصحاب النظرة الموضوعية

وهؤلاء هم فقهاء الحنفية والشافعية ، ولديهم مبدأ عام يسيرون عليه في البحث عن الباعث . هذا المبدأ يقول : بأنه لا يبحث ولا يفتش عن الباعث خارج العقد ، بل يجب أن يكون موجوداً في صيغة العقد ذاتها ، داخلاً في دائرة التعاقد ، فلا بد أن يتضمنه التعبير عن الإرادة، إذ هو جزء من هذا التعبير لا ينفصل عنه ، وبذلك لا يعتد بالباعث إذا لم تتضمنه صيغة العقد أو التعبير عن الإرادة .

---

(١) - وهذا ما يوافق الفقه الجرماني .

(٢) - وهذا ما يوافق الفقه اللاتيني ، مصادر الحق للسنهوري ٥١/٤-٥٢ بتصرف .

ويجب إذاً الوقوف عند الإرادة الظاهرة وما تتضمنه من بواعث ودوافع ، ولا يجوز تجاوزها للبحث في النوايا الخفية ، فإذا كانت الإرادة الظاهرة لا تتضمن باعثاً غير مشروع فالعقد صحيح ولا يبحث عن النية ، فالمبدأ العام يتكون من شقين :

أولاً : يعتد بالباعث إذا تضمنته صيغة العقد أو التعبير عن الإرادة .

ثانياً : لا يعتد بالباعث إذا لم تتضمنه صيغة العقد .

وسأبحث ذلك في الفرعين التاليين :

- **الفرع الأول : الاعتداد بالباعث إذا تضمنته صيغة العقد أو التعبير عن الإرادة**

لا يقتصر الاعتداد بالباعث – أو السبب – على الحالات التي يكون فيها مذكوراً بصورة صريحة في صلب التعبير عن الإرادة ، بل يتعداها إلى الحالات التي يذكر فيها السبب ضمناً ، بمعنى أنه يمكن استخلاصه من الملابسات المقارنة للتعبير ، فهناك حالتان :

- الحالة الأولى : الباعث مذكور صراحة في صيغة العقد :

وذلك بأن يكشف ويصرح العاقدان بهذا الباعث الذي دفع بكل منهما إلى التعاقد ، عندها يتسنى للقاضي أن يحكم على التصرف الذي أبرماه في ضوء هذا الباعث الدافع ، فإذا كان مشروعاً اعتبر التصرف مشروعاً والعقد صحيحاً ، وإن كان غير مشروع فالعقد باطل .

وغير خاف أن اشتراط التصريح بالباعث لإعمال آثاره يضبط التعامل ولا يفسح المجال للتهمة والظن ويريح القضاء من عناء سبر أعماق النفس ، والتعرف على الدوافع البعيدة في ضمير المتعاقدين ، فمن المستحسن أن يدخل الباعث في دائرة التعاقد وأن يكون جزءاً من التعبير ، عندها يقف القاضي عند الإرادة الظاهرة وما تحمله في متنها من بواعث ودوافع ، ولا يتخطاها إلى النوايا الخفية في النفس ، فإذا كانت الإرادة الظاهرة خالية من الباعث غير المشروع حكم القاضي بصحة العقد دون أن يكلف نفسه عناء التنقيب في نفس المتعاقد عن البواعث الخفية غير المشروعة الدافعة للتعاقد .

ومن النصوص الفقهية الدالة على أنه يعمل بالباعث غير المشروع إذا كان مذكوراً في صيغة العقد :

أولاً : في مذهب الحنفية

قال الزيلعي رحمه الله في " تبيين الحقائق شرح كنـز الدقائق " ، " ولا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح والملاهي لأن المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد ، فلا يجب عليه الأجر من غير أن يستحق هو على الأجر شيئاً ، إذ المبادلة لا تكون إلا باستحقاق كل واحد منهما على الآخر، ولو استحق عليه المعصية ، لكان ذلك مضافاً إلى الشارع ، من حيث إنه شرع عقداً موجباً للمعصية تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً ، ولأن الأجير والمستأجر مشتركان في منفعة ذلك في الدنيا فتكون الإجارة واقعة على عمل هو فيه شريك ... وإن أعطاه الأجر وقبضه لا يحل له ويجب عليه رده على صاحبه ... وإذا أخذ المال من غير شرط يباح ، لأنه أعطاه المال عن طوع من غير عقد " [1].

وقال قاضيخان رحمه الله في فتاويه : " رجل استأجر فحلا لينـزيه لا يجوز ذلك ولا أجر فيه ، وكذا النائحة والمغنية ... وإن استأجر المسلم ذمياً ليبيع له خمراً أو ميتة أو دماً لا يجوز .... ولو استأجر رجلاً لينحت له أصناماً أو ليزخرف له بيتاً بالتماثيل فلا أجر له ، كما لو استأجر نائحة أو مغنية " [2].

واضح من النصين السابقين أن صيغة العقد قد تضمنت صراحة الباعث على الإجارة ، ولما كان هذا الباعث غير مشروع ، لأنه يفضي إلى محرمات نهى الشارع عنها ، وهي الغناء والنوح ، وبيع الخمر والميتة والدم ، وصنع الأصنام والتماثيل ، كان عقد الإجارة الذي انصب على هذه المحرمات باطلاً . ثم إن محل العقد هو سبب آخر للبطلان ، إذ من شروطه أن يكون قابلاً لحكمه ، ففي عقود المنفعة ومثالها عقد الإجارة يشترط أن يكون محل العقد منفعة مقصودة مباحة ، فلا تجوز الإجارة على المنافع المحرمة .

قال الكاساني رحمه الله في " بدائع الصنائع " : " فأما إذا شرط ، بأن استأجر ذمي داراً من مسلم في مصر من أمصار المسلمين ليتخذها مصلى للعامة ، لم تجز الإجارة لأنه استئجار على المعصية "[3].

---

[1] - تبيين الحقائق ، الزيلعي ٥/١٢٥ (باب الإجارة الفاسدة) .

[2] - فتاوى قاضيخان المطبوع مع الفتاوى الهندية ٢/٣٢٣ وما بعدها (باب الإجارة الفاسدة) دار إحياء التراث العربي ط٣/١٤٠٠ بيروت .

[3] - بدائع الصنائع ، الكاساني ٤/١٧٦ (كتاب الإجارة ، فصل وأما شرائط الركن فأنواع) .

وقال في موضع آخر : " ولو اشترى قُمْرِيَّة [1] على أنها تصوت ، أو طيراً على أنه يجيء من مكان بعيد ، أو كبشاً على أنه نطاح ، أو ديكاً على أنه مقاتل ، فالبيع فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله وهو إحدى الروايتين عن محمد رحمه الله ، لأنه شرط فيه غَرَر .... ولأن هذه صفات يتلهى بها عادة والتلهي محظور ، فكان هذا شرطاً محظوراً فيوجب فساد البيع ... ولو اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها ، فالبيع فاسد ، لأن الغناء صفة محظورة لكونها لهواً ، فشرطها في البيع يوجب فساده ، ولو اشترى جارية على أنها مغنية على وجه إظهار العيب جاز البيع ، لأن هذا بيع بشرط البراءة عن هذا العيب ، فصار كما لو باعها بشرط البراءة عن عيب آخر ، فإن وجدها لاتغني لا خيار له ، لأن الغناء في الجواري عيب ، فصار كما لو اشترى على أنه معيب فوجده سليماً " [2].

فهذا النص يظهر بجلاء ووضوح أن الباعث مذكور صراحة في صيغة العقد ، فإن كان الهدف من ذكره رغبة المشتري في الكشف عن غرضه من العقد ، وهو أنه يريد التلهي بالشيء المشترى ، يكون العقد فاسداً ، لعدم مشروعية سببه أو باعثه ، لأن التلهي محظور ، فالشيء الواحد يكون مشروعاً وغير مشروع تبعاً لنية المتعاقدين ، وهذا ينطبق في عصرنا الحاضر على أدوات الملاهي الحديثة كالتلفاز والمذياع والحاسوب .

وقال ابن عابدين رحمه الله في " الحاشية " : " لاتصح الإجارة - لأجل المعاصي - مثل الغناء ... والنوح ... والملاهي - ولو أخذ بلا شرط يباح - والملاهي هي كالمزامير والطبل ، وإذا كان الطبل لغير اللهو فلا بأس به ، كطبل الغزاة والعرس ... وفي المنتقى [3] : امرأة نائحة أو صاحبة طبل أو زمر اكتسبت مالاً ردته على أربابه إن علموا ، وإلا تتصدق به ، وإن من غير

---

[1] - القُمْرِيَّة : ضرب من الحمام ، جمعها قَماري وقُمْر، لسان العرب مادة (قمر) .

[2] - بدائع الصنائع ١٦٩/٥ (فصل: وأما شرائط صحة المبيع) .

[3] - المنتقى : كتاب في فروع الفقه الحنفي ، لأبي الفضل محمد بن محمد بن أحمد المعروف بالحاكم الشهيد المَـرْوَزيّ السُّلميّ البلخيّ (ت ٣٣٤ هـ) قال اللكنوي : " صنف (المختصر) و (المنتقى) و (الكافي) وغيره ، وكتاب (الكافي) و (المنتقى) أصلان من أصول المذهب بعد كتب محمد ، ولا يوجد المنتقى في ديارنا في أعصارنا " الفوائد البهية في تراجم الحنفية ، محمد عبد الحي اللكنوي /٣٠٥ ترجمة (٣٩٥) دار الأرقم ط ١/ ١٤١٨ بيروت . وانظر : الجواهر المضية في طبقات الحنفية ، للقرشي ط هجر ١٤١٣ القاهرة ، ومقدمة حاشية ابن عابدين ٧٢/١ (مطلب في طبقات المسائل وكتب ظاهر الرواية) ، وكشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون ، حاجي خليفة ١٨٥١/٢ ط مكتبة المثنى بغداد .

شرط فهو لها . قال الإمام الأستاذ [1]: لا يطيب ، والمعروف كالمشروط . قلت : وهذا إنما يتعين الأخذ به في زماننا ، لعلمهم أنهم لا يذهبون إلا بأجر البتة "[2].

فهذا يوضح أن عقد إجارة أدوات الملاهي تدور صحته حول الغرض من الانتفاع بهذه الأدوات المذكورة في العقد ، فإن كان يهدف إلى اللهو المحض كان العقد فاسداً ، وإن كان لإعلان العرس أو للغزو أو للقافلة كان العقد صحيحاً ، فالشيء الواحد قد يكون مشروعاً أو غير مشروع تبعاً لنية المتعاقدين .

وإذا كان الباعث غير المشروع ظاهراً في صيغة العقد ، فإنه يعتد به ويكون العقد باطلاً لعدم مشروعية الباعث ، وأظهر تطبيق لذلك هو التعاقد على أن يؤجر شخص على القيام بواجب ، فالقيام بواجب محل مشروع ، والأجرة في ذاتها أمر مشروع ، ولكن الأجرة على أمر مشروع وواجب سببها غير مشروع إذ لا أجر على واجب .

ومن النصوص في الفقه الحنفي التي تؤيد المعنى : ما جاء في" جامع الفصولين ": " الإجارة على عمل يجب عليه لم يجز "[3] .

وفصل ذلك الزيلعي رحمه الله فقال : " لا تجبر أم الصغير على إرضاع ولدها ، لما ذكرنا أن النفقة على الأب والإرضاع نفقة له فكان على الأب ...... و لا يجوز استئجار أم الصبي إذا كانت تحته أو في عدته ، لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة . قال الله تعالى : ((وَالوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ ..)) [البقرة /٢٣٣] ، وهو أمر بصيغة الخبر وهو آكد فلا يجوز أخذ الأجر عليه ، ولهذا لا يجوز أن تأخذ الأجرة على خدمة البيت من الكنس وغيره ، وإنما لا تجبر عليه لاحتمال عجزها فعذرت ، فإذا أقدمت عليه ظهرت قدرتها فلا تعذر .. ولو استأجر منكوحته لترضع ولده من غيرها ، جاز لأنه لم يجب عليها إرضاعه " [4].

---

[1] - الأستاذ هو لقب عبدالله بن محمد بن يعقوب بن الحارث بن الخليل الحارثي السُّبَذْمُونِيّ ، نسبة إلى قرية من قرى بخارى ، له كشف الآثار الشريفة في مناقب أبي حنيفة ، كان شيخاً مكثراً من الحديث ، وضعفه البعض ، ذكره الذهبي في الميزان، وقال البخاري : الفقيه ، أكثر عنه ابن منده ، وله تصانيف ، (ت ٣٤٠ هـ) " .الفوائد البهية /١٧٧ ترجمة (٢٢٤) ، الجواهر المضية ٣٤٤/٢- ٣٤٥ ترجمة رقم (٧٣٤) .

[2] - حاشية ابن عابدين ٥١/٥- ٥٢ (باب الإجارة الفاسدة،مطلب في الاستئجار على المعاصي) .

[3] - جامع الفصولين لابن قاضي سماوه الحنفي ٢٤٨/١ (الفصل التاسع عشر : في مسائل الإجارات المعهودة بسمرقند) المطبعة الأزهرية ط ١/ ١٣٠٠ .

[4] تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٦٢/٣-٦٣ (باب النفقة) دار المعرفة ، بيروت ، مصورة عن ط/بولاق ١٣١٥ القاهرة .

فالإرضاع مستحق ديانة - أي واجب - على الزوجة والمعتدة ، فالاتفاق معها على أجر لذلك هو أجر على واجب ، وهذا لا يجوز .

وقال في الفتاوى الخانية : " أمير العسكر إذا قال لمسلم أو ذمي : إن قتلت ذلك الفارس فلك مائة درهم ، فقتله ، لا شيء له ، لأن هذا من باب الجهاد والطاعة ، فلا يستحق الأجر ، كما لو استؤجر ليؤم الناس أو يؤذن . قال محمد رحمه الله تعالى : إن قال ذلك لذمي ، يجب الأجر . ولو كانوا قتلى ، فقال الأمير : من قطع رؤوسهم فله عشرة دراهم ، جاز ، لأن هذا الفعل ليس بجهاد بخلاف الأول . ولو استأجر الأمير ذمياً أو مسلماً ليقتل أسيراً حربياً كان في يده ، فقتله ، لا شيء له . وقال محمد رحمه الله تعالى : يجب الأجر المسمى كما يجب بذبح الشاة وضرب العبد " (١).

فما كان واجباً لا يؤخذ عليه أجر ، فإن أخذ الأجر كان ذلك مظنة الباعث غير المشروع ولا يجوز العقد .

ثانياً : في مذهب الشافعية :

قال الإمام الشافعي رحمه الله في كتابه " الأم " : أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة ، ولا بعادة بين المتبايعين ، وأجزته بصحة الظاهر وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع ، وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به ، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلماً ، لأنه قد لا يقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع ، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمراً ، ولا أفسد عليه البيع إذا باعه إياه لأنه باعه حلالاً ، وقد يمكن ألا يجعله خمراً أبداً ، وفي صاحب السيف ألا يقتل به أحداً أبداً ، وكما أفسد نكاح المتعة ، ولو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً وهو ينوي أن لا يمسكها إلا يوماً أو أقل أو أكثر لم أفسد النكاح ، إنما أفسده أبداً بالعقد الفاسد " (٢).

ويقول رحمه الله في موضع آخر : " غير أنهما إذا عقدا النكاح مطلقاً لا شرط فيه ، فالنكاح ثابت ولا تفسد النية من النكاح شيئاً ، لأن النية حديث النفس وقد وضع عن الناس

---

(١) - الفتاوى الخانية ٣٢٢/٢ -٣ ٣٢ (باب: الإجارة الفاسدة) .

(٢) - الأم ٣ /٧٥ (باب: النهي عن بيع الكراع والسلاح في الفتنة) .

ما حدثوا به أنفسهم ، وقد ينوي الشيء ولا يفعله ، وينويه ويفعله ، فيكون الفعل حادثاً غير النية . وكذلك لو نكحها وبنيته ونيتها ، أو نية أحدهما دون الآخر ، أن لا يمسكها إلا قدر ما يصيبها ، فيحللها لزوجها ، ثبت النكاح ... مالم يقع النكاح بشرط يفسده " (١).

فهذان النصان يدلان صراحة وبعبارة قوية على تمسك الإمام الشافعي بالظاهر ، فالعقد عنده متى تم صحيحاً في الظاهر ، فإنه يكون صحيحاً في الحكم عليه ، ولا يبحث عن نية العاقد المستورة ، ولو كان ظهورها يفسد العقد (٢) . فيُحكم عند الشافعية بصحة بيع السلاح من أهل الفتنة ، وصحة بيع العصير ممن يتخذه خمراً ، وصحة نكاح المحلل .

• الحالة الثانية : الباعث مستخلص من ملابسات التصرف أو من طبيعة المحل

أولاً : الباعث مستخلص من ملابسات التصرف : قد لا يستخلص الباعث غير المشروع صراحة من نص التعبير عن الإرادة ، بل يستشف ويكشف عنه من الملابسات المقارنة للتعبير ، في هذه الحالة يظهر الفرق واضحاً في مسلك المذهبين الحنفي والشافعي ، فبينما يحرص المذهب الشافعي على الأخذ بظواهر الأمور وعدم الخروج عن متن التعبير نفسه واشتراط ذكر

---

(١) - الأم ٨٦/٥ (نكاح المحلل ونكاح المتعة) .

(٢) - ويوضح الأمر أكثر ما عبر عنه ابن القيم رحمه الله بياناً لمذهب الإمام الشافعي ، وساقه في كتابه " إعلام الموقعين" قال : " قال الشافعي وأبو ثور : المحلل الذي يفسد نكاحه هو الذي يعقد عليه في نفس عقد النكاح أنه إنما يتزوجها ليحلها ثم يطلقها ، فأما من لم يشترط ذلك في عقد النكاح فعقده صحيح لا داخلة فيه ، سواء شرط ذلك عليه قبل العقد أو لم يشرط ، نوى ذلك أو لم ينوه ، قال أبو ثور : وهو مأجور " . وقال : " ثم قواعد الفقه وأدلته لا تحرم مثل ذلك فإن هذه العقود التي لم يُشترط المحرم في صُلْبها ، عقود صدرت من أهلها في محلها مقرونة بشروطها ، فيجب الحكم بصحتها ، لأن السبب هو الإيجاب والقبول ، وهما تامان ، وأهلية العاقد لا نزاع فيها ، ومحلية العقد قابلة ، فلم يبق إلا القصد المقرون بالعقد ، ولا تأثير له في بطلان الأسباب الظاهرة " . أقول : إن هذا يبين أنه ما دام قد توافرت الأمور الفنية في التصرف ، أي الأركان والشروط فلا عبرة بعدها للباعث أو النية الخفية في بطلان هذه الأركان والشروط الظاهرة . ويقول أيضاً : " والنية لا تغير موجب السبب - أي التصرف ... فالقصد لا يقدح في اقتضاء السبب حكمه ، لأنه خارج عما يتم به العقد ، فلو اشترى عصيراً ومن نيته أن يتخذه خمراً ، أو جارية ومن نيته أن يكرهها على البغاء ، أو يجعلها مغنية ، أو سلاحاً ومن نيته أن يقتل به معصوماً ، فكل ذلك لا أثر له في صحة البيع من جهة أنه منقطع عن السبب ، فلا يخرج السبب عن اقتضاء حكمه " . كما يعقد مقارنة بين الرضا وهو وسيلة فنية وركن في العقد لايقوم بدونه ، وبين السبب الباعث والقصد غير المشروع الذي لا عبرة له ، لأنه خارج عن دائرة التعاقد ، فيرى إعمال الرضا ، وإهمال الباعث ، رغم اشتراكهما في طابع الذاتية . فيقول : " فإذا كان السبب ظاهراً متعيناً لمسبَّبه لم يكن للنية الباطنة أثر في تغيير حكمه . يوضحه أن النية لا تؤثر في اقتضاء الأسباب الحسية والعقلية المستلزمة لمسبباتها ، ولا تؤثر النية في تغييرها " ، إعلام الموقعين ١٥١/٣ وما بعدها .

الباعث صراحة في العقد ، يعتد المذهب الحنفي بالملابسات المقارنة للتعبير ويجعلها ذات أثر في إعمال الباعث إذا كشفت هذه الملابسات عن عدم مشروعيته .

وخير ما يوضح ذلك ويبينه مسألة بَيع العِينة ، ومسألة طلاق الفارّ . فهاتان المسألتان توضحان أن لعدم المشروعية أثراً على التصرف . ففي الأولى : جزاء الباعث غير المشروع بطلان التصرف القانوني نفسه ، وفي الثانية : جزاء عدم المشروعية خارج نطاق التصرف ، وهو المعاملة بنقيض القصد .

وفي كليهما يختلف مسلك الفقهين الحنفي والشافعي ، فبينما يصحح المذهب الشافعي بيع العِينة لأنه لم يقترن بشرط فاسد صراحة ، يبطل المذهب الحنفي هذا البيع إعمالاً للظروف الملابسة له .

وبينما يحتفظ المذهب الحنفي لمطلقة الفارّ بنصيبها الإرثي إعمالاً للباعث غير المشروع الذي دفع زوجها المريض مرض الموت إلى طلاقها ، يحرم المذهب الشافعي المطلقة من نصيبها الإرثي ، دون أن يعتد بعدم المشروعية التي لوثت الباعث الذي دفع المريض إلى طلاق زوجته ما دام هذا الطلاق لم يتضمن شرطاً صريحاً يفسده .

- **مسألة بيع العِينة**:بيع العينة : هو بيع يراد منه أن يكون حيلة للقرض بالربا ، ومعنى العِينة لغة : السلف ، يقال اعتان الرجل : إذا اشترى الشيء بالشيء نسيئة[١] ، وسمي بيع العِينة : لأنه في العين المسترجعة[٢]، واستحسن الدسوقي أن يقال : إنما سميت عينة لإعانة أهلها للمضطر على تحصيل مطلوبه على وجه التحيل بدفع قليل في كثير[٣] ، وفي الاصطلاح الفقهي : هي بيع العين بثمن زائد نسيئة ليبيعها المستقرض بثمن حاضر أقل ليقضي دينه[٤].

صور الكاساني رحمه الله خلاف المذهبين – الحنفي والشافعي – في بيع العِينة . فقال في "بدائع الصنائع" : " وعلى هذا يخرج ما إذا باع رجل شيئاً نقداً أو نسيئة ، وقبضه المشتري ولم ينقد ثمنه ، أنه لا يجوز لبائعه أن يشتريه من مشتريه بأقل من ثمنه الذي باعه منه عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله يجوز ووجه قوله ، أن هذا بيع استجمع شرائط جوازه وخلا عن الشروط المفسدة إياه فلا معنى للحكم بفساده كما إذا اشتراه بعد نقد الثمن .

---

(١) – المصباح المنير مادة (عين) .

(٢) – حاشية ابن عابدين ، ٤٣٢/٤ (مطلب بيع العينة).

(٣) – حاشية الدسوقي ، ١٣٦/٣ ، (فصل ذكر فيه حكم بيع العِينة).

(٤) – الدر المختار للحصكفي مع حاشية ابن عابدين ٤٣٢/٤ بتصرف ، (مطلب بيع العينة) .

ولنا ما روي أن امرأة جاءت إلى سيدتنا عائشة رضي الله عنها وقالت : " إني ابتعت خادماً من زيد بن أرقم بثمانمائة ، ثم بعتها منه بستمائة ، فقالت سيدتنا عائشة رضي الله عنها : بئس ما شريت وبئس ما اشتريت . أبلغي زيدا أن الله تعالى قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب [1]" ووجه الاستدلال به من وجهين :

أحدهما : أنها ألحقت بزيد وعيدا لا يوقف عليه بالرأي ، وهو بطلان الطاعة بما سوى الردة ، فالظاهر أنها قالته سماعاً من رسول الله ﷺ ، ولا يلتحق الوعيد إلا بمباشرة المعصية ، فدل على فساد البيع ، لأن البيع الفاسد معصية .

الثاني : أنها رضي الله عنها سمت ذلك بيع سوء وشراء سوء والفاسد هو الذي يوصف بذلك لا الصحيح ، ولأن في هذا البيع شبهة الربا ، لأن الثمن الثاني يصير قصاصاً بالثمن الأول ، فبقي من الثمن الأول زيادة لا يقابلها عوض في عقد المعاوضة ، وهو تفسير الربا ، إلا أن الزيادة ثبتت بمجموع العقدين ، فكان الثابت بأحدهما شبهة الربا ، والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة "[2].

وقال الإمام الشافعي رحمه الله في " الأم " : "ولو اختلف بعض أصحاب النبي ﷺ في شيء ، فقال بعضهم فيه شيئاً وقال بعضهم بخلافه ، كان أصل ما نذهب إليه أنّا نأخذ بقول الذي معه القياس ، والذي معه القياس زيد بن أرقم ، وجملة هذا أنا لا نثبت مثله على عائشة مع أن زيد بن أرقم لا يبيع إلا ما يراه حلالاً ولا يبتاع مثله ، فلو أن رجلاً باع شيئاً أو ابتاعه نراه نحن محرماً وهو يراه حلالاً لم نزعم أن الله يحبط من عمله شيئاً ، فإن قال قائل : فمن أين القياس مع قول زيد ؟ قلت : أرأيت البيعة الأولى أليس قد ثبت بها عليه الثمن تاماً ؟ فإن قال بلى ، قيل : أفرأيت البيعة الثانية : أهي الأولى ؟ فإن قال : لا ، قيل : أفحرام عليه أن يبيع ماله

---

(1) - خبر عائشة أخرجه عبد الرزاق في " المصنف " ١٨٤/٨- ١٨٥ من طريقين ، باب : الرجل يبيع السلعة ثم يريد اشتراءها بنقد ، رقم (١٤٨١٢) و (١٤٨١٣) المكتب الإسلامي ط٢ /١٤٠٣ بيروت ، والدار قطني في" السنن ٤٥/٣-٤٦ كتاب البيوع رقم (٢٩٨٢) و (٢٩٨٣) وقال : في سنده - أم مُحبة والعالية ، مجهولتان لا يحتج بهما ، والبيهقي في " السنن الكبرى " ٣٣٠/٥- ٣٣١ في البيوع ، باب : الرجل يبيع الشيء إلى أجل ثم يشتريه بأقل ، وفي روايته أن التي باعت الجارية من زيد بن أرقم هي أم محبة ، والظن أنها امرأة أبي السفر ، قال الزيلعي في" نصب الراية" ١٦/٤: " قال في التنقيح : هذا إسناد جيد وإن كان الشافعي قال : لايثبت مثله عن عائشة " تحقيق محمد عوامة ط١ /١٤١٨ دار القبلة للثقافة الإسلامية ، جدة .

(2) - بدائع الصنائع ، الكاساني ١٩٨/٥- ١٩٩ (فصل : وأما شرائط جريان الربا) .

بنقد وإن كان اشتراه إلى أجل ؟ فإن قال : لا ، إذا باعه من غيره ، قيل : فمن حرمه منه ؟ فإن قال : كأنها رجعت إليه السلعة أو اشترى شيئاً ديناً بأقل منه نقداً ، قيل : إذا قلت : كان لما ليس هو بكائن ، لم ينبغ لأحد أن يقبله منك ، أرأيت لو كانت المسألة بحالها فكان باعها بمائة دينار ديناً واشتراها بمائة أو بمائتين نقداً ؟ فإن قال : جائز ، قيل : فلا بد أن تكون أخطأت كان ثم أو ههنا لأنه لا يجوز له أن يشتري منه مائة دينار ديناً بمائتي دينار نقداً ، فإن قلت : إنما اشتريت منه السلعة ، قيل: فهكذا كان ينبغي أن تقول أولاً ولا تقول كان لما ليس هو بكائن ، أرأيت البيعة الآخرة بالنقد لو انتقضت أليس ترد السلعة ويكون الدين ثابتاً كما هو فتعلم أن هذه بيعة غير تلك البيعة ؟ فإن قلت : إنما اتهمته ، قلنا هو أقل تهمة على ماله منك ، فلا تركن عليه إن كان خطأ ثم تحرم عليه ما أحل الله له ، لأن الله عز وجل أحل البيع وحرم الربا وهذا بيع وليس بربا وقد روى إجازة البيع إلى العطاء من غير واحد ... " [١].

يلاحظ بعد عرض نصوص المذهبين أن أبا حنيفة رحمه الله قد خالف أصله الذي يقتضي الأخذ بالظاهر ، والقول بصحة العقد لتوفر أركانه وشروطه ، فقال : هو عقد فاسد إن خلا من توسط شخص ثالث ... وذلك استحساناً بنص الحديث في قصة زيد بن أرقم ، ولأن الثمن إذا لم يستوف لم يتم البيع الأول ، فيصير البيع الثاني مبنياً عليه ، فليس للبائع الأول أن يشتري شيئاً ممن لم يتملكه بعد ، فيكون البيع الثاني فاسداً ، فأساس الحكم عنده ليس الباعث غير المشروع وهو تحقق الربا ، وإنما بيع ما ليس بملكه .

وقال أبو يوسف رحمه الله : هذا البيع صحيح بلا كراهية ، وقال محمد بن الحسن رحمه الله : إنه صحيح مع الكراهة حتى إنه قال : " هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم ، اخترعه أكلة الربا " [٢].

أما الشافعي رحمه الله فقد تمسك بأصله وقال بالقياس ، فصحح العقد مع الكراهة ، إذ إن الخلل لم يتطرق إلى الأركان والشروط ، ولعدم وجود المفسدات (كالشرط) ولا عبرة عنده في إبطال العقد بالنية التي لا تعرف ، لعدم وجود ما يدل عليها ، والقصد الآثم مرجعه إلى الله، والحكم على ظاهر العقد شيء آخر ، لذا فإنه يحمل العقد على عدم التهمة .

---

(١) - الأم ٣/٧٩ (باب: بيع الآجال) .

(٢) - انظر في ذلك : حاشية ابن عابدين ٤/٤٣٣ (مطلب بيع العينة) ، وشرح فتح القدير ٥/٢٠٨-٢٠٩ (باب البيع الفاسد).

كما أن فساد العقد أو بطلانه عند الشافعية يرجع إلى مسألة أخرى وهي أن مطلق النهي عن العقد يدل على فساده ، أي إذا لم يكن للنهي متعلق سوى العقد منفصل عنه يحمل على الفساد ، أما إذا ظهر تعلق النهي بأمر غير العقد ، اتفقت مجاورته للعقد فلا يوجب فساده[1] .

● **مسألة طلاق الفارّ :**

وهو طلاق الزوج زوجته بائناً في حال مرض موته ، ويُعَنْون الفقهاء له : بطلاق المريض[2]. والمراد بالمريض من غالب حاله الهلاك .. بمرض أو غيره – كحبس أو قيد – بأن أضناه مرض وعجز به عن إقامة مصالحه خارج البيت .

ذهب الفقهاء إلى صحة هذا الطلاق ، كصحة الطلاق من الزوج غير المريض ما دام كامل الأهلية ، لكن الخلاف وقع في مسألة توريث المطلقة البائن في مرض الموت . هذا التصرف – وهو الطلاق – وإن كان صحيحاً ومشروعاً ، إلا أنه حف بمظنة الفرار من توريث الزوجة – وإن لم يقصده – والفرار باعث غير مشروع .

الحنفية هنا يعتدون بالباعث غير المشروع ، ويقولون بتوريث المطلقة بائناً وهي في العدة ، ولكنهم اشترطوا شروطاً لا بد من تحققها ليكون المطلق فارّاً من إرثها وهي :

١- أن يكون الطلاق بغير طلبها ولا رضاها ، فإن كان برضاها كالمخالعة لم ترث ، لأن طلبها أزال مظنة الفرار .

٢- أن يكون الطلاق بائناً لا رجعة فيه .

٣- أن تكون أهلاً للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة من ذلك المرض ، فإن كانت غير مستحقة للميراث وقت الطلاق وصارت مستحقة له وقت الوفاة لا يعدّ فارّاً، كأن كانت غير مسلمة وقت الطلاق ثم أسلمت بعد الطلاق ، فإنها لا تكون مستحقة للميراث ، لأنه لا يثبت التوريث بين مسلم وغيره ، وإنما زالت في هذه الصورة مظنة

---

(١) – انظر في ذلك :الوسيط للغزالي ٦٣/٣ وما بعدها (الباب الثالث : البيوع المنهي عنها) . وشروح المنهاج : نهاية المحتاج ، للرملي ٤٥٤/٣ وما بعدها . وتحفة المحتاج ،لابن حجر الهيثمي ٥٣٤/٥ وما بعدها مطبوع مع حاشية الشرواني وابن قاسم العبادي ، دار الكتب العلمية ط ١٩٩٦/١ .

(٢) – انظر: حاشية ابن عابدين ٨٠٣/٣ ، والأم للشافعي ٢٧٠/٥ .

الفرار ، لأنها عند الطلاق لا يتصور ميراثها منه ، فلا يتصور فرار من أمر غير واقع[1].

فإذا تحققت هذه الشروط ومات المريض من مرضه فإنه يعدّ فارّاً بهذا الطلاق من إرثها ، فإنها ترث منه معاملة له بنقيض قصده، إن كانت في العدة وتعتد بأبعد الأجلين ، فإذا مات بعد انقضاء عدتها لم ترث منه .

أما الشافعية كأصلهم، فإنهم لم يعتدوا بالباعث ، وقالوا بالقياس ، فكما أن المطلقة البائن في الصحة التي مات مطلِّقُها وهي في العدة لا ترث منه بالاتفاق [2] ، وتبني على عدة الطلاق ، كذلك إن كان مريضاً مرض موت عند الطلاق فلا ترث ، لأن الزوجية وهي سبب التوارث بين الزوجين قد ارتفعت بالطلاق البائن قبل الموت ، فقد زال سبب الميراث فلا يثبت ولا عبرة بمظنة الفرار ، لأن أحكام الشريعة لا تناط بالنيات الخفية بل بالأسباب الظاهرة ، والسبب الظاهر للميراث قد زال بعمل من يملك إزالته فلا عبرة بنيته [3].

قال الإمام الشافعي رحمه الله : " إن طلق رجل امرأته ثلاثاً أو تطليقة لم يبق له عليها من الطلاق غيرها أو لاعنها وهو مريض فحكمه في وقوع ذلك على الزوجة وتحريمها عليه حكم الصحيح " وقال : " ولو طلقها ساعة يموت أو قال : أنت طالق قبل موتي بطرفة عين أو بيوم ثلاثاً لم ترث في هذا القول بحال "[4] .

قال الغزالي رحمه الله : " اعلم أن طلاق المريض كطلاق الصحيح في النفوذ ، وإنما ينظر في انقطاع الميراث به ، لما فيه من الفرار عن التوريث قصداً ، وفيه قولان :

- الجديد - وهو القياس والمشهور - : أنه ينقطع الميراث بالطلاق البائن كما في حالة الصحة .

---

[1] - انظر: حاشية ابن عابدين ٨٠٣/٣ وما بعدها (باب طلاق المريض) ، الأحوال الشخصية للشيخ محمد أبي زهرة /٣٧٣- ٣٧٤ .

[2] - الإجماع ، لابن المنذر النيسابوري /١٠٠ رقم الإجماع (٤٠٢) دار طيبة ط١/١٤٠٢ الرياض .

[3] - الأحوال الشخصية للشيخ محمد أبي زهرة /٣٧٣-٣٧٤ .

[4] - الأم ، للشافعي ٢٧٣/٥ ، وعند الشافعية قول آخر بتوريث المطلقة ثلاثاً ، وهو قول الشافعي في القديم .

- والثاني – وهو القديم – أنه يجعل فارّاً ، فيعارض بنقيض قصده ونورّث زوجته ، ويدل عليه قصة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه ،[1] فنقول : الفارّ – على هذا القول – من أنشأ تنجيز طلاق زوجته الوارثة بغير رضاها "[2] .

مما يلاحظ بعد عرض قول كل من الحنفية والشافعية في مسألة طلاق الفار أن ما يلابس هذا التصرف من تهمة الفرار من الميراث – وهو باعث غير مشروع دفع المطلق إلى الإقدام عليه من جانب واحد – لم يؤثر على صحته ، ولم يفض إلى بطلانه ، بدليل أن الزوج لا يرث من مطلقته إذا ماتت قبله وهي في العدة .

فالزواج قائم حكماً في حق الزوجة فقط فترث الفارّ ، أما بالنسبة للرجل ، فهو غير قائم في حقه فلا يرثها إذا ماتت قبله . وأيلولة الميراث إلى زوجة الفارّ هو جزاء أوجده الشلوع خارج نطاق التصرف ، لمعاملة ذي النية السيئة بنقيض قصده ، وليس وليداً لإعمال الباعث غير المشروع في الطلاق ، واعتباره من ثم في حكم العدم .

ثانياً : الباعث مستخلص من طبيعة المحل : في حال عدم الكشف عن الباعث من ملابسات التصرف يمكن الاستعانة بطبيعة المحل ، فقد يكون الباعث مستخلصاً منها ، فيعتد به لأن المتعاقدين قد كشفا ضمناً عن الباعث لهما على التعاقد ، وذلك في المذهب الحنفي ، مع خلاف بين الإمام وصاحبيه رحمهم الله تعالى .

قال في البدائع : " وأما القرد – أي شراء القرد – فعن أبي حنيفة رضي الله عنه روايتان : وجه رواية عدم الجواز أنه غير منتفع به شرعا ، فلا يكون مالا كالخنزير ، ووجه رواية الجواز أنه إن لم يكن منتفعا به بذاته يمكن الانتفاع بجلده ، والصحيح هو الأول ، لأنه لا يشترى للانتفاع بجلده عادة ، بل للهو به وهو حرام ، فكان هذا بيع الحرام للحرام ، وإنه لا يجوز "[3].

---

[1] – قصة عبد الرحمن بن عوف رواها الإمام الشافعي رحمه الله في الأم ٢٧١/٥ بإسناده عن ابن أبي مليكه أنه سأل ابن الزبير عن الرجل يطلق المرأة فَيُبِتُّها ، ثم يموت وهي في عدتها ، فقال عبد الله بن الزبير : طلق عبد الرحمن بن عوف تُماضِرُ بنت الأصبغ الكَلْبية فبتها ، ثم مات عنها وهي في عدتها ، فَوَرَّثَها عثمان . قال ابن الزبير : وأما أنا فلا أرى أن ترث مبتوتة .

[2] – الوسيط في المذهب ، للغزالي ٤٠٢/٥ (حكم طلاق المريض) .

[3] – بدائع الصنائع ، الكاساني ١٤٣/٥ (فصل : وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه) . أما الزيلعي فقد صحح الرواية الثانية وهي جواز بيعه لإمكان الانتفاع بجلده وهي رواية الحسن عنه . وبنى ابن عابدين على قول الكاساني بتصحيح الرواية –

فهنا وضع أبو حنيفة رحمه الله ضابطاً : وهو أن طبيعة محل العقد إذا كانت لا يمكن الانتفاع بها إلا للهو فقط كان العقد غير صحيح وحراماً. لذلك صحح العقد الذي طبيعة محله تصلح للأغراض المشروعة وغير المشروعة ، وعدَّ الباعث غير متضمن في صيغة العقد لا صراحة ولا ضمناً ، فلم يعتد به خلافاً للصاحبين .

وللكاساني نص يوضح ذلك قال فيه : " ويجوز بيع آلات الملاهي من البَرْبُط [1] والطبل والمزمار والدف ونحو ذلك عند أبي حنيفة ، لكنه يكره . وعند أبي يوسف ومحمد : لا ينعقد بيع هذه الأشياء لأنها آلات معدة للتلهي بها موضوعة للفسق والفساد ، ولا تكون أموالاً ، فلا يجوز بيعها ، ولأبي حنيفة رحمه الله أنه يمكن الانتفاع بها شرعاً من جهة أخرى بأن تجعل ظروفاً لأشياء ونحو ذلك من المصالح ، فلا تخرج عن كونها أموالاً ، وقولهما إنها آلات للتلهي والفسق بها ، قلنا : نعم لكن هذا لا يوجب سقوط ماليتها كالمغنيات والقيان وبدن الفاسق وحياته وماله ، وهذا لأنها كما تصلح للتلهي تصلح لغيره ، فبقيت على ماليتها بجهة إطلاق الانتفاع بها لا بجهة الحرمة ، ولو كسرها إنسان ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما لا يضمن ، وعلى هذا الخلاف بيع النرد والشطرنج ، والصحيح قول أبي حنيفة رضي الله عنه ، لأن كل واحد منهما منتفع به شرعاً من وجه آخر بأن يجعل صنجات الميزان ، فكان مالاً من هذا الوجه ، فكان محلاً للبيع مضمونا بالإتلاف " [2].

هذا النص يظهر بجلاء خلاف الإمام مع صاحبيه في طبيعة الأدوات: هل هي موضوعة للتلهي فقط أم لا ؟ لكنهم متفقون في المبدأ الأساسي من أن الباعث إذا تضمنته صيغة العقد اعتد به .

ذهب الصاحبان إلى أن آلات الملاهي من البربط والطبل والدف ... هي آلات معدة بطبيعتها للتلهي موضوعة للفسق والفساد ، فاستخلصا بذلك من طبيعة المحل الباعث على التعاقد ثم إنهما خلطا الباعث بالمحل ، وأنكرا كون هذه الآلات أموالاً فلا يجوز بيعها .

الأولى " أنه لولا قصد التلهي لجاز بيعه " لكن قصد التلهي يقتضي الكراهة ، لا عدم الصحة كما قال الحصكفي . انظر: تبيين الحقائق ١٢٦/٤ (باب المتفرقات) ، حاشية ابن عابدين ٣٣٢/٤ (باب المتفرقات) .

(١) - البَرْبُط : " العود ، أعجمي ليس من ملاهي العرب ، فأعربته حين سمعت به " لسان العرب مادة (بربط) .

(٢) - بدائع الصنائع ١٤٣/٥ .

أما الإمام أبو حنيفة رحمه الله فقد حرص على التمييز ما بين السبب الباعث والمحـــل ، فآلات الـــملاهي عنده أموال لا تسقط ماليتها لمجرد أنها تصلح للتلهي ، إذ إنها تصلح لـــه ولغيره ، فقد تجعل ظروفاً لأشياء كما قد يجعل النرد والشطرنج صنجات للميزان ، فلما بيعـت هذه الأشياء وكانت تصلح للأغراض المشروعة وغير المشروعة ولم يذكر صراحــة في صيغــة العقد الباعث على بيعها ولم يمكن استخلاصه من طبيعة المال ، فقد عدَّ الإمام رحمه الله البــاعث غير متضمن في صيغة العقد لا صراحة ولا ضمناً ، فلم يعتد به وصحح العقد .

والصحيح قول الصاحبين ، إذ استصحبا المألوف من طبيعة الأشياء ، وهي موضوعـة في الأصل للتلهي بها ، أما استعمالها – إن حدث – في غير ذلك فهو حــالات قليلــة نــادرة ، والنادر لا حكم له .

كما يقاس حكم هذه الأشياء على حكم القرد الذي قد ينتفع بجلده ، ولكنه في الأصل للتلهي ، لذلك كان بيعه غير جائز في الرواية التي صححت عن الإمام أبي حنيفة نفسه .

أما عند الشافعية فلا أثر للباعث غير المشروع في هذه الحالة ، ولو كانت طبيعة المحل تكشف عنه ، فهم يحرصون على الأخذ بظواهر الأمور ، وعدم الخروج عن صيغة العقــد ، والله أعلم .

- **الفرع الثاني : عدم الاعتداد بالباعث إذا لم تتضمنه صيغة العقد :**

هناك عقود لم تتضمن صيغتها ذكر الباعث عليها لا صراحة ولا ضمناً ، فلا يبحـــث عن الباعث خارج نطاق العقد ولا يعتد به ، بل يهمل لأنه ظل خفياً في نفس المتعــاقد ، ولم يظهر في حيز التعبير عن الإرادة ، ويترتب على هذا الإهمال أن يقوم التصـــرف صحيحـــاً ، بالاستناد إلى كـــمال وسائله الفنيـــة ، ولو كانت البواعث والدوافع لعقـــده ملوثـــة بعـــدم المشروعية ،ما دامت هذه البواعث لم تفصح عن نفسها في صلب الإرادة الظاهرة .

ومن الأمثلة عن الباعث غير المشروع الذي أهدر إعماله لأنه لم يذكر في العقد : نكـــاح المحلل ، وبيع العصير ممن يتخذه خمراً ، وبيع ما يقصد به فعل محرم كبيع السلاح لأهل الفتنــة ، وبيع العِينة .. وسأفرد هذه المسائل بالبحث في كلا المذهبين .

• **مسألة نكاح المحلّل :**

وهو أن يتزوج شخص مطلقة آخر ثلاثاً ، ثم يطلقها بعد الدخول ليصح العقد عليها من جديد لقوله تعالى : ((**فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ**)) [البقرة/٢٣٠] ، ومن المعروف أن الزواج شرع ليكون رباطاً دائماً بين الزوجين ، ومقصوده علاقة سكن ومودة ورحمة ، تنشأ من خلالها الأسرة التي تكون لبنة من لبنات المجتمع .

واعتبر في عقد الزواج كغيره من العقود الرضا ، إذ إن الرضا بالشيء إرادة له ورغبة فيه ، فمن لم يكن مريداً ولا راغباً في مقصود العقد لم يكن راضياً به ، فلا عقد له ، وزواج التحليل لا يحقق أغراض العقد السامية ، فالمحلل قصد بلفظ العقد رفع التحريم المؤبد ، فهو كنطق المنافق بكلمة الإيمان ، غير معتقد حقيقتها ، بل مظهر خلاف ما يبطن ، فقد اتخذ من ألفاظ العقد حيلة لحل المطلقة ، كما تزوجها ليفارقها لا لتدوم العشرة بينهما ، وهذا قصد غير مشروع يتنافى مع قصد الشارع ، لذلك اختلف الفقهاء في حكمه .

ولهذا النكاح صورتان :١- النكاح بشرط التحليل .

٢- النكاح بقصد التحليل .

أما الصورة الأولى : النكاح بشرط التحليل : كأن يتزوج مطلقة ثلاثاً بشرط صريح في العقد على أن يحلها لزوجها الأول ، فهو حرام عند الجمهور ومنهم الشافعية ، مكروه تحريماً عند الحنفية . والأصل فيه حديث ابن مسعود رضي الله عنه : " لعن رسول الله ﷺ المحلِّل والمحلَّل له "[١] وقوله عليه الصلاة والسلام : " ألا أخبركم بالتيس المستعار ؟ قالوا : بلى يا رسول الله ، قال : هو المحِلُّ ، لعن الله المحِلَّ والمحَلَّلَ له"[٢] والنهي يدل على فساد المنهي عنه .

وقد صرح الشافعية ، وأبو يوسف من الحنفية رحمهم الله بفساد هذا النكاح للحديثين السابقين ، ولأنه نكاح مؤقت ، وأصل النكاح أن يكون دائماً ، وشرط التأقيت في النكاح يفسده ، وما دام النكاح فاسداً فلا يقع به التحليل ، ويؤيد هذا قول عمر رضي الله عنه :

---

(١)- سبق تخريجه انظر: ص/٨٩

(٢) - أخرجه ابن ماجه في سننه ، كتاب النكاح ، باب : المحلل والمحلل له رقم (١٩٣٦) من حديث عقبة بن عامر رضي الله عنه وهو مما انفرد به ابن ماجه ، وإسناده مختلف فيه ، انظر : زوائد ابن ماجه للبوصيري المطبوع مع السنن ٤٥٥/٢ .

" والــله لا أوتى بمحلّل ومحلَّل له إلا رجمتهما [1]" إذ لا تحل المرأة للأول بعد تطليق الثـاني لها [2].

وعند الإمام أبي حنيفة وزفر ، رحمهما الله النكاح صحيح ، وتحل لـــلأول بعــد أن يطلقها الثاني وتنتهي عدتها ، ويكره للثاني والأول ، لأن عمومات النكاح تقتضي الجواز مــن غير فصل بين ما إذا شرط فيه الإحلال أو لا ،ولأن عقد الزواج لا تبطله الشروط الفاســدة ، فكان النكاح صحيحاً ويدخل تحت قوله تعالى : ((حَتَّى تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ)) [البقـــرة/٢٣٠] فتنتهي الحرمة عند وجوده ، إلا أنه كُره لوجود شرط ينافي مقتضى العقد وهو السكن والتوالــد والتعفف ، لأن ذلك يقف على البقاء والدوام على النكاح ، وهذا معنى إلحاق اللعن بالمحلل في قوله عليه الصلاة والسلام :" لعن الله المحلل والمحلل له " والله أعلم .

وقال محمد رحمه الله : النكاح صحيح ولا تحل للأول عقاباً لهـــا ومعاملـــة بنقيــض القصد لأن النكاح عقد مؤبد ، فكان بشرط الإحلال استعمال ما أخره الله تعالى لغرض الحـــل فيبطل الشرط ويبقى النكاح صحيحاً ، إلا أنه لا يحصل به الغرض ،كمن قتل مورثه أنه يحـــرم الميراث [3].

هذه الصورة تدخل في الحالة الأولى من الفرع الأول وهي الاعتداد بالباعث إذا تضمنته صيغة العقد صراحة ، والملاحظ هنا أن الإمام أبو حنيفة وزفر رحمهما الله انفردا في الحكم بـــأن النكاح صحيح ، وأنها تحل للأول بعد طلاقها من الثاني ، وهذا خلاف قول الجمهور ومنهم

---

(1) - خبر عمر رضي الله عنه رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ، كتاب النكاح ، باب : في الرجل يطلق امرأته فيتزوجها رجل ليحلها له ٢٩٤/٤ ، تحقيق عامر العمري الأعظمي ، ط/ الدار السلفية ، بومباي .وعقوبة الرجم هنا تعزير لمـن يطلق من تزوجها ليحلها لزوجها الأول ، فإن لم يطلقها فلا تعزير عليه ولا حد ، لأن عمر رضي الله عنه لم يفرق في ذلك بين أن يكون المحلل متزوجاً أو غير متزوج ، بل أطلق العقوبة لها جميعاً ، فدل ذلك على أنه تعزير لا حد ، لأن حد الزاني غير المحصن الجلد وليس الرجم ، ولأن عمر - رضي الله عنه - أعلن أنه سيرجم أيضا المحلَّل له مع أنه لم يـــزن . انظر: موسوعة فقه عمر بن الخطاب ، د . محمد رواس قلعه جي /٤٧٥ ط /دار النفائس .

(2) - بدائع الصنائع ، الكاساني ١٨٧/٣ (كتاب الطلاق ، فصل في حكم الطلاق البائن)، شرح فتح القدير ١٧٧/٣ وما بعدها (فصل فيما تحل به المطلقة) ، حاشية ابن عابدين ٨٣٥/٢ (كتاب الطلاق ، مطلب : حيلة إسقاط عدة المحلل) البيان في مذهب الإمام الشافعي ، لأبي الحسين يحيى العمراني (٥٥٨هـ) ٢٧٩/٩ (باب ما يحرم من النكاح وما لا يحرم) اعتناء قاسم محمد النوري ، دار المنهاج ط١ /٢٠٠٠ بيروت .

(3) - بدائع الصنائع ١٨٧/٣ - ١٨٨ حاشية ابن عابدين ٨٣٥/٢ .

الشافعية الذين أخذوا بأصلهم وهـــو الاعتداد بالظاهر ، وهنا ذكر الباعث صراحة في صيغـــة العقد .

أما الصورة الثانية : فهي الزواج بقصد التحليل من غير شرط في العقد : فقـــد اتفـــق الحنفية والشافعية على أن هذا الزواج صحيح ، مع الكراهة عند الشافعية ، وعدمها عند الحنفيـــة وتحل به المرأة للزوج الأول ، لأن مجرد النية في المعاملات غير معتبر ، فوقع النكـــاح صحيحـــاً لاستجماع شرائط الصحة .

قال الزيلعي رحمه الله : " يكره التزوج بشرط أن يحلها له يريد به بشرط التحليل بالقول ، بأن قال : تزوجتكِ على أن أحللك له ، أو قالت المرأة ذلك ، وأما لو نويا ذلك في قلبـــهما و لم يشترطاه بالقول فلا عبرة به ، ويكون الرجل مأجوراً بذلك لقصده الإصلاح " [١].

وقال العمراني [٢] رحمه الله في " البيان " : " المسألة الثالثة : أن تشترط عليه قبل النكاح أنه إذا أحلَّها للأول طلقها أو تزوجها ونوى بنفسه ذلك ، فعقد النكاح عقداً مطلقاً .. فيكـــره له ذلك ، فإن عقد .. كان العقد صحيحاً " [٣] .

ويؤيد ذلك ما سبق من قول الإمام الشافعي رحمه الله : " ولو نكح رجل امرأة عقـــداً صحيحاً ، وهو ينوي أن لا يمسكها إلا يوماً أو أقل أو أكثر لم أفسد النكاح ، إنما أفسده أبـــداً بالعقد الفاسد " [٤].

وقوله : " .... وكذلك لو نكحها وبِنِيَّتِه ونيتها ، أو نية أحدهما دون الآخر ، أن لا يمسكها إلا قدر ما يصيبها ، فيحللها لزوجها ، ثبت النكاح .. ما لم يقع النكاح بشرط يفسده" [٥].

---

(١) - تبيين الحقائق ، الزيلعي ٢/٢٥٩ (فصل : فيما تحل به المطلقة) ، شرح فتح القدير ١/١٧٧ (فصل فيما تحل به المطلقة) وقد عقب ابن الهمام على قول الزيلعي في النكاح المشروط به التحليل " يكره التزوج ... "بقوله : " وظـاهره التحريم " وعلل ذلك بأنهم " لا يطلقون اسم الحرام إلا على منع ثبت بقطعي فإذا ثبت بظني سموه مكروهاً ، وهو مع ذلك سبب للعقاب " . وانظر : بدائع الصنائع ، للكاساني ٣/١٨٧ (كتاب الطلاق ، فصل في حكم الطلاق البائن) وحاشية ابن عابدين ٢/٨٣٦ (كتاب الطلاق ، مطلب حيلة إسقاط عدة المحلل) .

(٢) - هو أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني ، له تصانيف عديدة منها كتاب " البيان " في شرح المهذب ، ونقل عنه الرافعي والنووي رحمهم الله . ت (٥٥٨)هـ .

(٣) - البيان ، العمراني ٩/٢٧٩ (باب ما يحرم من النكاح وما لا يحرم) .

(٤) - الأم ٣/٧٥ (النهي عن بيع الكراع والسلاح في الفتنة) .

(٥) - الأم ٥/٨٦ (نكاح المحلل ونكاح المتعة) .

فالحنفية والشافعية يحكمون بظواهر الأمور ، والله تعالى يتولى سرائرها وبواطنها ، ولما كان العقد خالياً من المفسدات فهو صحيح ، ولا يبطل عندهم بما كان قبله أو بعده ، إضافة إلى أنهم ينظرون إلى المحلل أنه محسن وما على المحسنين من سبيل ، فهو إنما قصد من زواجه الإحسان إلى أخيه المسلم ورغب في جمع شمله بزوجته ، والله تعالى أعلم .

• مسألة بيع العصير لمن يتخذه خمراً :

ذهب الحنفية والشافعية إلى أن العقد صحيح ، ولا ينظر إلى الباعث غير المشروع ولو قامت القرائن على وجوده ، فكون المشتري خماراً قرينة قوية في الدلالة على الباعث غير المشروع وهو اتخاذه خمراً ، ومع ذلك لم يلتفت إليه .

جاء في " مختصر الطحاوي " : " ومن كان له عصير فلا بأس عليه بيعه ، وليس عليه أن يقصد بذلك إلى من يأمنه أن يتخذه خمراً دون من يخاف ذلك عليه ، لأن العصير حلال ، فبيعه حلال كبيع ما سواه من الأشياء الحلال ، مما ليس على بائعها الكشف عما يفعله المشتري فيها "[١].

وجاء في " المهذب " : " ويكره بيع العنب ممن يعصر الخمر ، والتمر ممن يعمل النبيذ،... فإن باع منه صح البيع ، لأنه قد لا يتخذ الخمر ... " [٢].

وقد جاز هذا العقد عندهم إذا لم يذكر فيه صراحة ولا ضمناً أن يتخذه المشتري خمراً ، فهم ينظرون إلى مشروعية المحل ذاته ، فإذا كان المحل ذاته مشروعاً ، ولا تقوم المعصية به فإن العقد يكون صحيحاً ، لقوله تعالى : ((وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ...)) [البقرة /٢٧٥] ، وقد تم بأركانه وشروطه ، ولأن المعصية لا تقوم بعينه ، بل بعد تغيره بشربه ، وهو فعل فاعل مختار ، ولكنه - أي العقد - مكروه تنزيهاً ، وأنه خلاف الأولى عند أبي حنيفة رحمه الله . جاء في "الهداية " : " ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم أنه يتخذه خمراً " [٣] وكلمة لا بأس لكراهة التنزيه فتركه

[١] - مختصر الطحاوي /٢٨٠ تحقيق أبو الوفا الأفغاني ، دار إحياء العلوم ط ١٩٨٦/١ بيروت .

[٢] - المهذب ، الشيرازي ٤٨/٣ (فصل : مبايعة من ماله حرام) . تحقيق أ .د . محمد الزحيلي دار القلم ط١٤١٢/١ . دمشق .

[٣] - الهداية ، المرغيناني ٤٩٣/٨ مطبوع مع شرح فتح القدير .

أولى ، وقال الصاحبان رحمهما الله : هو مكروه تحريماً ، وعندهم يمنع ، وقول أبي حنيفة رحمه الله هو المذهب وهو الذي عليه المتون [1].

أما بيع العنب ذاته والرطب والزبيب فقد تردد الحنفية في حكمه ، فذهب صاحب المحيط [2] إلى أن بيع العنب والكرم ممن يتخذه خمرا لا يكره ، ونقل القُهُسْتاني [3] عن بعضهم : أن بيع العنب هو أيضاً على الخلاف بين الإمام وصاحبيه ، فعنده : لا بأس به وهو مكروه تنزيها وعندهما : يمنع وهو مكروه تحريما[4] .

وللشافعية قولان : المعتمد ، أنه محرم إن كان يعلم أو يظن أيلولته إلى الخمر، والآخر ، أنه مكروه ، والبيع صحيح على القولين ، وعللوا صحته بأن النهي المستفاد من حديث " لعن العاصر " [5] لا يقتضي البطلان لأنه راجع إلى معنى خارج عن ذات المنهي عنه وعن لازمها - أي النهي لا يتعلق بوصف لازم للعقد - لكنه مقترن به [6].

ويشمل هذا الحكم بيع العنب ذاته والرطب والزبيب فهي مثل العصير ، كلما قصد بها اتخاذ الخمر والمسكر. قال الإمام الشافعي في "المختصر" : " وأكره بيع العنب ممن يعصر الخمر .. ولا أنقض هذا البيع" [7].

---

(٢)- انظر: حاشية ابن عابدين ٣٨٥/٥ (كتاب الحظر والإباحة ، فصل في البيع) والمراد بكلمة "المتون" : أي متون الحنفية المعتبرة ، مثل كتاب : مختصر القدوري ، والبداية ، والنقاية ، والمختار ، والوقاية، والكنز ، والملتقى، فإنما وضعت لنقل ظاهر الرواية والأقوال المعتمدة .

[2] - مؤلفه : برهان الدين محمود بن أحمد (٦١٦هـ) وهو (المحيط البرهاني) وهو مرادهم عند الإطلاق ، انظر : تحقيق ذلك في النسخة المحققة من حاشية ابن عابدين ، تحقيق الدكتور حسام الدين فرفور ١٤٦/١ وما بعدها .

[3] - وهو محمد بن حسام الدين الخراساني ، القُهُسْتاني الحنفي (شمس الدين) فقيه أفتى ببخارى ، صنف " جامع الرموز في شرح النقاية " في فروع الفقه الحنفي توفي عام (٩٦٢ هـ) انظر هدية العارفين لإسماعيل باشا البغدادي ٢٤٤/٢ .

[4] - حاشية ابن عابدين ٣٨٥/٥ (كتاب الحظر والإباحة ، فصل في البيع) .

[5] - لفظ الحديث قال رسول الله ﷺ : " لعن الله الخمر وشاربها وساقيها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه " أخرجه أبو داود في سننه من حديث ابن عمر رضي الله عنه في كتاب الأشربة ، باب : العنب يعصر للخمر رقم (٣٦٧٤) ، وابن ماجه في سننه في كتاب الأشربة ، باب : لعنت الخمر على عشرة أوجه رقم (٣٣٨٠) وزاد " وآكل ثمنها " قال السندي في حاشيته على سنن ابن ماجه : العاصر من عصرها مطلقاً ، والمعتصر من عصرها لنفسه ٦٣/٤ .

[6] - نهاية المحتاج ، الرملي ٤٥٤/٣ .

[7] - تكملة المجموع شرح المهذب ٤٣٢/٩ ، والمختصر للمزني (٢٦٤هـ) المطبوع مع الأم .

• **مسألة بيع ما يقصد به فعل محرم كبيع السلاح من أهل الفتنة :**

عند الشافعية أن كل تصرف يفضي إلى المعصية حكمه حكم بيع العصير أو العنب لخمار، صحيح لأنه لم يفقد ركناً ولا شرطاً لكنه محرم [١]. قال في "المهذب " :" ويكره بيع ... السلاح ممن يعصي الله تعالى به لأنه لا يأمن أن يكون ذلك معونة على المعصية ، فإن باع منه صح البيع ، لأنه قد ... لا يعصي الله تعالى بالسلاح " [٢].

ومثل ذلك كل تصرف يفضي لمعصية ، كبيع مخدر لمن يظن أكله على وجه محرم ، وأمرد ممن عرف بالفجور ، وأمة ممن يتخذها لنحو غناء محرم ، وخشب لمن يتخذه آلة لهو ، وثوب حرير لرجل يلبسه بلا نحو ضرورة ، فإن قال قائل: هو في هذه الصورة عاجز عن التسليم شرعاً فلم صح البيع ؟ .

أجاب الشافعية رحمهم الله : "تمنع ذلك بأن العجز عنه ليس بوصف لازم في المبيع ، بل في البائع خارج عما يتعلق بالبيع وشروطه" [٣].

على أن من باع أمة لمن يكرهها على الزنى ، ودابة لمن يحملها فوق طاقتها فللحاكم أن يبيع هذين على مالكهما قهراً عليه .

قال في نهاية المحتاج : " أفتى ابن الصلاح وأقروه ، فيمن حملت أمتها على فساد ، بأنها تباع عليها قهراً إذا تعين البيع طريقاً إلى خلاصها "[٤] ، والراجح عندهم إبطال بيع السلاح للمحارب .

وكذا عند الحنفية رحمهم الله ، فإن بيع ما يقصد به فعل المحرم صحيح لتوفر شروطه وأركانه ، أما ديانه فقد وقع خلاف بين الإمام وصاحبيه فيما تقوم به المعصية بعد اتفاقهم على أنه لا يجوز التعاون على الإثم والعدوان .

فذهب الإمام إلى أنه : لا يكره بيع ما لم تقم المعصية به ، كبيع الكبش النطوح ، والحمامة الطيارة ، والخشب ممن يتخذ منه المعازف ، والعصير ... وبيع ما يتخذ منه السلاح كالحديد ، لأنه ليس معداً للقتال فلا يتحقق معنى الإعانة ، بخلاف بيع السلاح من أهل

---

(١) - وهو المعتمد في المذهب انظر ص/ ١٨٩ .

(٢) - المهذب ، للشيرازي ٤٨/٣ (فصل مبايعة من ماله حرام) .

(٣) - انظر : تحفة المحتاج لابن حجر ، وحاشية الشرواني عليها ٥/٣٤ ، ونهاية المحتاج للرملي ٣/٤٥٤ .

(٤) - نهاية المحتاج ٣/٤٥٦ .

الفتنة فهو مكروه لأن المعصية تقوم بعينه ، وهي الإعانة على الإثم والعـدوان [1]، وإن كـان السلاح في ذاتـه ليس بمعصية إلا أنه تعين طريقاً لها ، ولأنه أمكن استخلاص البـاعث مـن طبيعته .

وذهب الصاحبان إلى كراهة كل ذلك ، وأنه لا ينبغي للمسلم أن يفعل ذلك ، لأنـه إعانة على المعصية [2] ، وهذا خلاف ما قاله الجمهور من التحريم .

ونظير البيع عند الحنفية الإجارة ، فلو آجر شخص نفسه ليعمل في بناء كنيسـة ، أو ليحمل خمراً لذمي بنفسه أو على دابته ، أو ليرعى له الخنازير ، أو آجر بيتاً ليتخذ بيت نـار أو كنيسة أو بيعة ، أو يباع فيه الخمر ، جاز له ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله ، لأنه لا معصية في عين العمل ، وإنما المعصية بفعل المستأجر ، وهو فعل فاعل مختار ، وذهب الصاحبان إلى كراهة ذلك لما فيه من الإعانة على المعصية [3].

قال في البدائع : " ... غير أن الذمي إن استأجر داراً من مسلم في المصر ، فـأراد أن يتخذها مصلى للعامة ، ويضرب فيها بالناقوس له ذلك ، ولرب الدار وعامـة المسـلمين أن يمنعوه من ذلك على طريق الحسبة ، لما فيه من إحداث شعائر لهم ، وفيه تهاون بالمسـلمين ، واستخفاف بهم ، كما يمنع من إحداث ذلك في دار نفسه في أمصار المسلمين ، ولهذا يمنعـون من إحداث الكنائس في أمصار المسلمين ، قال النبي ﷺ : " لا خِصَاءَ في الإسـلام ولا كنيسة " [4] ، أي لا يجوز إخصاء [5] الإنسان ولا إحداث الكنيسة في دارالإسلام في الأمصـار. ولا يمنع أن يصلي فيها بنفسه من غير جماعة ، لأنه ليس فيه ما ذكرناه من المعنى ، ألا ترى أنـه لو فعل ذلك في دار نفسه لايمنع منه ، ولو كانت الدار بالسواد [6] ، ذكر في الأصل أنه لا يمنع من ذلك ، لكن قيل : إن أبا حنيفة إنما أجاز ذلك في زمانه لأن أكثر أهـل السـواد في

---

[1] - حاشية ابن عابدين ٣٨٥/٥ - ٣٨٦ (كتاب الحظر والإباحة ، فصل في البيع) .

[2] - المرجع السابق ، وبدائع الصنائع ٢٣٣/٥ (فصل : وأما صفة البيع) .

[3] - حاشية ابن عابدين ٣٨٦/٥ (كتاب الحظر والإباحة ، فصل في البيع) .

[4] - الحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٤/١٠ كتاب السبق والرمي ، باب : كراهية خصاء البهائم من حديث ابن عباس رضي الله عنهما بلفظ : " لا إخصاء في الإسلام ولا بنيان كنيسة " وفي سنده ابن لهيعة وهو ضعيف .

[5] - هكذا وردت في الأصل ، والصحيح خِصَاء .

[6] - السواد : جماعة النخل والشجر لخضرته ، وسواد البلدة : ما حولها من القرى ، لسان العرب مادة (سود) .

زمانه كانوا أهل الذمة من المجوس ، فكان لا يؤدي ذلك إلى الإهانة والاستخفاف بالمسلمين، وأما اليوم [1] فالحمد لله عز وجل فقد صار السواد كالمصر فكان الحكم فيه كالحكم في المصر ، وهذا إذا لم يشرط ذلك في العقد ، فأما إذا شرط بأن استأجر ذمي داراً من مسلم في مصر من أمصار المسلمين ليتخذها مصلى للعامة ، لم تجز الإجارة ، لأنه استئجار على المعصية ، وكذا لو استأجر ذمي من ذمي – داراً – ليفعل ذلك لما قلنا " [2].

وقال في موضع آخر : " ولو استأجر ذمي من مسلم بيعة ليصلي فيها لم يجز لأنه استئجار لفعل المعصية ، وكذا لو استأجر ذمي من ذمي لما قلنا . ولو استأجر الذمي داراً من مسلم ، وأراد أن يصلي فيها من غير جماعة ، أو يتخذها مصلى للعامة فقد ذكرنا حكمه فيما تقدم " [3].

فالمبدأ هنا أن الذمي الذي يستأجر الدار ليتخذها مصلى للعامة يكون قد ذكر في العقد الباعث الدافع لهذا الاستئجار ، وهو باعث غير مشروع ، فلا يصح العقد ولا يجوز .

أما الذمي الذي يستأجر من المسلم أو من ذمي داراً في المصر ، ثم هو لا يذكر في العقد الغرض الذي استأجرها من أجله وظهر بعد الإيجار قصده من ذلك . هنا الباعث لم يذكر في العقد فلا يعتد به ، ولا يؤثر في صحة الإيجار ، وإن كان غير مشروع ، ولعامة المسلمين منعه من تحقيق قصده ، لا عن طريق بطلان العقد إذ إنه صحيح قائم ، بل عن طريق الحسبة لأن فعله معصية فيها استخفاف بالمسلمين . وكذلك لا يجوز له إن استأجر داراً في السواد ، أن يذكر في العقد أنها تتخذ مصلى للعامة ، ولو كان غير المسلمين كثرة ، وإن لم يذكر فالعقد صحيح ولا يعتد بالباعث غير المذكور ، والله تعالى أعلم .

وقد وضع بعض الحنفية ضابطاً وهو : أن ما قامت المعصية بعينه ، يكره تحريماً – كبيع السلاح من أهل الفتنة – وما لم تقم المعصية بعينه يكره تنزيهاً [4]، والله أعلم .

---

(١)- هذا اليوم هو في عصر المؤلف المتوفى عام (٥٨٧ هـ) .

(٢) – بدائع الصنائع ، الكاساني ١٧٦/٤ (شرائط ركن الإجارة) .

(٣) – بدائع الصنائع ١٨٩/٤ (باب الاستئجار على المعاصي) .

(٤) – حاشية ابن عابدين ٣٨٦/٥ (كتاب الحظر والإباحة ، فصل في البيع) .

● **مسألة بيع العِينة [١]:**

سبق القول إن بيع العِينة هو حيلة للقرض بالربا ، فالباعث على البيع غير مشروع ، غير أنه لا يذكر في صيغة العقد فلا يعتد به ، ولا يؤثر على صحة العقد في كلا المذهبين الحنفي والشافعي ، لأن ركن العقد من الإيجاب والقبول الصحيحين قد تحقق ، ولا عبرة بالنية التي لا تعرف لعدم وجود ما يدل عليها ، أما الثمن الذي باع به المشتري العين ، وهو أقل مما اشتراها به ، فهو عند الشافعية ثمن يجوز بيعها به من غير بائعها ، فجاز من بائعها ، كما لو باعها بمثل ثمنها .

من كل ما تقدم تبين أن المذهب الشافعي متشدد في تمسكه بالظاهر ، فلا يعتد إلا بصيغة العقد وما تتضمنه عبارته ، ولا يلتفت إلى القرائن وملابسات الأحوال ، ولو كانت تدل دلالة واضحة على أن العقد اتخذ ذريعة لأمر محرم ، فلا يعتد بالباعث غير المشروع إذا لم يذكر في صيغة العقد أبداً ، بل يحكم بصحة العقد ، وفي هذا يقول الإمام الشافعي رحمه الله : "يبطل حكم الإزكان [٢] من الذرائع في البيوع وغيرها " [٣] ويحكم بصحة العقد .

والمذهب الحنفي كذلك يأخذ بالظاهر ، إلا أنه يخفف من تشدد المذهب الشافعي ، فهو لا يعتد بالباعث غير المشروع إلا إذا تضمنته صيغة العقد صراحة . كأن نص عليه صراحة على سبيل الشرط ، فيبطل العقد ، من ذلك ما جاء في حاشية ابن عابدين :" لا تصح الإجارة لأجل المعاصي ، مثل الغناء والنوح والملاهي ، ولو أخذ بلا شرط يباح " [٤]. باستثناء النكاح بشرط التحليل ، فهو عقد صحيح عند أبي حنيفة ومحمد وزفر رحمهم الله ، على الرغم من ذكر الباعث صراحة في العقد على سبيل الشرط ، وذلك لأصلهم أن عقد النكاح لا تبطله الشروط الفاسدة ، والله تعالى أعلم .

---

[١] - هذه المسألة وغيرها من الأمثلة المعروضة قد تندرج تحت أكثر من حالة ، لذلك عرضتها هنا مختصرة منعاً من التكرار ، وبعض الأمثلة بحثتها تحت حالة واحدة فقط للسبب ذاته .

[٢] - الإزكان : التفرس والظن ، وأزكنت : بمعنى ظننت فأصبت ، لسان العرب مادة (زكن) .

[٣] - الأم ١٢٠/٤ (باب الوصية لوارث) .

[٤] - حاشية ابن عابدين ٥١/٥ بتصرف (باب الإجارة الفاسدة ، مطلب في الاستئجار على المعاصي) .

المطلب الثاني : أصحاب الإرادة الباطنة في الباعث أو أصحاب النظرة الذاتية

أصحاب هذا الاتجاه هم المالكية والحنابلة ، وهم من الفقهاء الذين يعتدون بالنيات والمقاصد والبواعث ، ويجعلون عدم مشروعيتها سبباً في بطلان التصرف ، كأصحاب الإرادة الظاهرة ، غير أن الفارق بين الاتجاهين هو فارق من حيث الدرجة – أي درجة الاعتداد بالباعث – والأسلوب .

فبينما يضيِّق أصحاب الإرادة الظاهرة – وهم الحنفية والشافعية – مجال إبطال التصرفات لعدم مشروعية باعثها ، عن طريق اشتراط كون هذا الباعث غير المشروع جزءاً من الإرادة الظاهرة ، يوسع أصحاب الإرادة الباطنة أو النظرة الذاتية مجال إبطال التصرفات لعدم مشروعية الباعث عليها ، عن طريق عدم اشتراط ذكر هذا الباعث وانتظامه في صلب العقد ، بل إنهم يقتصرون على الوقوف عند علم الطرف الآخر بهذا الباعث ، ويرون في هذا العلم ضماناً كافياً لاستقرار التعامل .

وهم يأخذون بألفاظ محمولة على النيات مفسرة بها ما دامت قد قامت على تلك النيات قرائن ظاهرة وشواهد قائمة ، أما ما خفي وبقي كامناً في النفس مستوراً غير معلن فلا يناط به شيء ، لأنه لا يمكن العلم به . والله تعالى يقول : ((**وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ**))[الإسراء/٣٦] .

وسأبحث مذهب هؤلاء في فرعين : الأول : الباعث في المذهب المالكي
والثاني : الباعث في المذهب الحنبلي

- **الفرع الأول : الباعث في مذهب المالكية**

يمتاز فقه المالكية باعتداده بالنيات والبواعث سواء في التصرفات والعبادات ، فيحكم على العقد صحة وفساداً من النية الباعثة عليه . قال الشاطبي رحمه الله : " إن الأعمال بالنيات ، والمقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعادات ، والأدلة على هذا المعنى لا تنحصر "(١).
فهذا الأصل عندهم وأورد أدلة من الكتاب والسنة والمعقول على صحة هذا الأصل .

(١)– الموافقات ٣٢٣/٢ (المسألة الأولى من مقاصد المكلف) .

والإمام مالك رحمه الله يُعمل الباعث غير المشروع في التصرف ، فيبطله إذا تبين أو قامت مظنته ، بل ذهب إلى اعتبار ما يؤدي إليه التصرف من المحظور في الكثرة من الأحوال ، ولو لم يصل أداؤه للمفسدة في الغالب من الظن ، فضلاً عن القطع ، مظنة للباعث غير المشروع ، عملاً بالاحتياط والتحرز عن الفساد ، لأن الشريعة قامت على الأخذ بالحزم والاحتياط[1].

جاء في التبصرة لابن فرحون رحمه الله في مسائل البيوع : " ويمنع المسلمون من بيع آلة الحرب ، يعني من الحربيين ويلحق بذلك بيع الخشبة لمن يعمل منها صليباً ، وبيع الدار لمن يعملها كنيسة ، والعنب لمن يعصره خمراً " [2] .

ويقول في مؤيد هذا المنع : " ويؤدب من يبيع آلات اللهو ، ويفسخ البيع ويكسر ويؤدب أهل ذلك " [3].

فهذا النص يجعل مؤيد المنع الفسخ ، وليس البطلان ، أي أن العقد ينعقد ثم يفسخ ، درءاً للمفسدة ، إضافة إلى تأديب من توفر لديه القصد غير المشروع ، أي معاقبته بعقوبة تعزيرية .

ومن النصوص التي تجعل مؤيد المنع إخراج المبيع عن ملك المشتري ببيع ونحوه ما جاء في الشرح الكبير للدردير والدسوقي عليه : " ويمنع بيع كل شيء علم أن المشتري قصد به أمراً لا يجوز ، كبيع جارية لأهل الفساد ، وبيع أرض لتتخذ كنيسة أو خمارة ، والخشبة لمن يتخذها صليباً ، والعنب لمن يعصره خمراً ، والنحاس لمن يتخذه ناقوساً ، وكذا يمنع أن يباع للحربيين آلة الحرب من سلاح أو كراع أو سرج وكل ما يتقوّن به في الحرب ، من نحاس أو خباء أو ماعون ، ويجبرون على إخراج ذلك عن ملكهم ببيع ونحوه من غير فسخ للبيع " [4].

---

(1) – الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، أ .د .الدريني /٤٤٦ .

(2) – التبصرة ، لابن فرحون ٢/٢٠٠ (فصل : في مسائل البيوع) ، مكتبة الكليات الأزهرية ط١٤٠٦/١ القاهرة .

(3) – المرجع نفسه .

(4) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٣/١٠ (باب ينعقد البيع بما يدل على الرضا) بتصرف ،دار الفكر ط١٤١٩/١ بيروت .

فهذا النص لا يقتضي البطلان ، إنما لا يجيز استدامة آثار العقد لما يترتب عليه من مفاسد وآثام ، لذلك يجبر المشتري على إخراج المبيع من ملكه من غير فسخ للعقد ، وهذا هو المشهور ، وهو مذهب المدونة ، ويقابله أنه يفسخ البيع إذا كان المبيع قائماً ، وهو قول أكثر أصحاب الإمام مالك رحمهم الله جميعا .

قال ابن رشد رحمه الله :" والخلاف في هذا - مقيد بما إذا علم البائع أن المشتري كافر - أي يفعل المعصية - أما إذا ظن أنه مسلم - أي لم يعلم ، ثم ظهر أنه يفعل ذلك - فإنه - أي البيع - لا يفسخ بلا خلاف ، ويجبر - المشتري - على إخراجه من ملكه ببيع ونحوه "(١) .

يستخلص مما سبق ، أن إعمال الباعث غير المشروع والاعتداد به مشروط بعلم المتعاقد الآخر ، فإذا كان الباعث غير المشروع معلوماً من كلا المتعاقدين فجزاؤه فسخ العقد ، أما إذا كان أحد المتعاقدين لا يعلم به فإن العقد لا يفسخ ويبقى صحيحاً وإنما تزال آثاره منعاً من تحقيق الغرض غير المشروع عن طريق إخراج المبيع من ذمة المشتري بإجباره على بيعه أو هبته .

والمالكية يستدلون على الباعث غير المشروع من الظروف المحيطة بالعقد ، أو من طبيعة المحل نفسه ، وهذه قرائن تكفي عندهم للحكم على المقاصد والبواعث ، من ذلك غالب القصد ، فإذا كان غالب القصد - أي قصد الناس من عقد معين يتم على وجه معين - قصداً حراماً أو قصداً غير مشروع ، حكموا على كل عقد يتم على ذلك الوجه بالفساد (٢).

كما اكتفوا بالمظنة البعيدة لهذا الباعث غير المشروع ، وهو إفضاء التصرف في كثير من الأحوال إلى أمر محرم ، ولو لم تبلغ هذه الكثرة مرتبة الأمور الغالبة على الظن ، وهذا ما يعرف بمآل التصرف ، كل ذلك سداً للذريعة ، وعملاً بالاحتياط والتحرز من الفساد .

ومما يؤيد ذلك ما جاء في " تهذيب الفروق " بشأن **بيوع الآجال** ، بعد أن بيّن أن مذهب الإمام مالك منعها بخمسة شروط ذكرها .. قال : " لأنها، وإن كانت على صورة بيع

---

(١) - المرجع السابق ٣/١٠ .

(٢) - الموافقات ، للشاطبي ٢/٣٦١ وما بعدها (المسألة الخامسة من مقاصد المكلف)

جائز في الظاهر إلا أنها لما كثر قصد الناس التوصل إلى ممنوع في الباطن .... منعت قياساً على الذرائع المجمع على منعها بجامع أن الأغراض الفاسدة في كل هي الباعثة على عقدها "[1].

فهم قد منعوا بيوع الآجال لما رأوا أن غالب قصد الناس منها الحصول على المال ، لا البيع والشراء حقيقة . قال الحطاب رحمه الله : " بيوع ظاهرها الجواز ويتوصل بها إلى ممنوع ، فمنعها أهل المذهب وأجازها غيرهم ويسميها أهل المذهب ببيوع الآجال " [2].

وقال الدردير رحمه الله : " يمنع من البيوع ما أدى لممنوع يكثر قصده للمتبايعين ولو لم يقصد بالفعل " [3] .

وفي مسألة **طلاق المريض** ، أو طلاق الفارّ ، سأل سحنون عبد الرحمن بن القاسم العتقي رحمهما الله عن المرأة هل ترث أزواجاً كلهم يطلقها في مرضه ، ثم تتزوج زوجاً والذين طلقوها كلهم أحياء ثم ماتوا من قبل أن يصحوا من مرضهم ذلك ، وهي تحت زوج ، أتورثها من جميعهم أم لا في قول مالك ؟ قال - أي عبد الرحمن -: " لها الميراث من جميعهم ، قال مالك: وكذلك لو طلقها واحدة البتة وهو مريض وتزوجت أزواجاً بعد ذلك كلهم يطلقها ورثت الأول إذا مات من مرضه ذلك ".

وسأل سحنون قال : أرأيت لو أن رجلاً طلق امرأته في مرضه فتزوجت أزواجاً وهو مريض فلما حضرته الوفاة أوصى لها بوصايا ، أيكون لها الميراث والوصية جميعاً ؟. قال عبد الرحمن : أرى لها الميراث ولا وصية لها لأنه لا وصية لوارث في قول مالك وهذه وارثة "[4].

وجاء في التبصرة : " إذا طلق المريض زوجته ثم مات فإنها ترثه لأنه يتهم أن قصده حرمانها من الميراث ، فيعاقب بنقيض قصده " [5].

وكما يمنع المالكية طلاق المريض ، يمنعون زواجه ، لأن المعنى الذي من أجله لا يجوز له أن يطلق في المرض موجود في النكاح ، فلا يجوز له أن يدخل وارثاً على ورثته كما لا يجوز له أن

---

[1] - تهذيب الفروق (الفرق الرابع والتسعون والمائة ، بين قاعدة ما يسد من الذرائع وما لا يسد منها " .

[2] - مواهب الجليل ٣٨٨/٤ وما بعدها (فصل : ومنع للتهمة ما كثر قصده) .

[3] - الشرح الصغير للدردير ٦٩/٣ مطبوع مع بلغة السالك ، دار الكتب العلمية ط/ ١٤١٥ بيروت .

[4] - المدونة الكبرى ٣٤/٦ المجلد الثالث (ما جاء في طلاق المريض) وأشار إلى مذهب المدونة هذا الحطاب في مواهب الجليل ، والمواق في التاج والإكليل ٢٧/٤ وما بعدها (كتاب الطلاق،ونفذ خلع المريض) .

[5] - التبصرة ، لابن فرحون ١٩٩/٢ .

يخرج عنهم وارثاً قال الحطاب : " قال مالك : من حجتنا في الذي يتزوج وهو مريض أنه ليس له ميراث لأنه يمنع أن يطلق وهو مريض ، فكما يمنع من الطلاق وهو مريض لحق امرأته في الثمن ، فإنه لا ينبغي أن يدخل عليها من ينقصها من ثمنها " [1].

فهذه النصوص وغيرها في مذهب المالكية تبين مدى اعتدادهم بالباعث حين قالوا بتوريث مطلقة الفارّ حتى بعد زواجها من زوج آخر ، فهم يعتدون بالنيات والمقاصد ، ويعاملون المطلق بنقيض قصده دون أن يبطلوا هذا التصرف . " وطلاق المريض وإقراره به كالصحيح في أحكامه ... إلا أنها لا ينقطع ميراثها هي خاصة " [2]. والمعاملة بنقيض المقصود الفاسد ، قاعدة من قواعدهم ، نصوا عليها في كتب القواعد [3].

وكذلك في مسألة **نكاح التحليل** اعتدوا بالنية والباعث ، فإن كان قصد الزوج التحليل فهو نكاح غير صحيح ، فلا يلحقه طلاق ، والواجب فسخه ، ولا يحلها إلا نكاح رغبة .

قال الإمام مالك رحمه الله : " إنه يحتاج أن يكون نكاح رغبة ، لا يقصد به التحليل ، ويكون وطؤه لها وطأً مباحاً " [4]، وقال : " المحلل لا يقيم على نكاحه حتى يستكمل نكاحاً جديداً ، فإن أصابها فلها مهر مثلها ، ولا تحلها إصابته لزوجها الأول ، وسواء علما أو لم يعلما، إذا تزوجها ليحلها ، ولا يقر على نكاحه ويفسخ " [5].

والعبرة في نكاح التحليل هي نية الزوج المحلل دون نية المطلق ونية المرأة فإنها لغو ،فلو قال في نفسه : إن وافقتني أمسكتها وإلا كنت احتسبت بتحليلها لم تحل بهذا النكاح ، إذا خالطت نيته شيئاً من التحليل .

---

[1] - مواهب الجليل ، الحطاب ٢٧/٤ .

[2] - مواهب الجليل ، للحطاب ٢٨/٤ .

[3] - وهي القاعدة الثانية والثمانون من قواعد الونشريسي في كتابه إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك /٣١٥ تحقيق أحمد بو طاهر الخطابي ، صندوق إحياء التراث الإسلامي المشترك ط /١٩٨٠ الرباط .

[4] - التمهيد ، لابن عبد البر ٢٢٩/١٣ .

[5] - التمهيد ، لابن عبد البر ٢٣٢/١٣ .

ومال بعض الشيوخ في المذهب إلى القول بأنه نكاح صحيح يحلها لزوجها الأول وهو مأجور[1] . إلا أن الإمام مالك أنكر أن يحتسب للمحلل عمله فقال : " يحتسب في غير هذا " [2].

فالإمام مالك رحمه الله يعتد بالباعث ولو لم يظهر في صيغة العقد ، وإنما بمجرد العلم به ، وإضافة إلى قوله بضرورة فسخ النكاح يقرر عقوبة تعزيرية لهذا المحلل ، وكل من شاركه في نيته ، كأن علم بها وأقره عليها . قال في مواهب الجليل : " وإنما المعتبر نية المحلل ولو كانت من غير شرط عند مالك خلافاً لغير واحد من أصحابه ويعاقب هو ومن علم ذلك من الولي والشهود والزوجة ، ويجب عليه أن يأتي الأول فيعلمه أنه قصد تحليلها ليمتنع من نكاحها "[3].

• **الفرع الثاني : الباعث في مذهب الحنابلة :**

وافق الحنابلة المالكية في الاعتداد بالباعث غير المشروع وأثره في العقد صحة وبطلاناً إن علم أو حف العقد بالقرائن التي تدل عليه ، ولو لم تتضمنه صيغة العقد ، فإذا اتضح أن الباعث على العقد غير مشروع بطل به العقد ، ما دام قد اتخذ هذا العقد – وهو أمر جائز ومباح – وسيلة إلى أمر غير مشروع ، لأن في تنفيذه إعانة على المعصية والعدوان ، وذلك منهي عنه بقوله تعالى : ((**وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالعُدْوَانِ**)) [المائدة /٢].

ومن الفقهاء الحنابلة الذين تصدوا لفكرة الباعث وعبروا عنها أصدق تعبير ابن القيم رحمه الله في كتابه القيم " إعلام الموقعين " فقال مؤكداً إعمال البواعث في التصرفات ، وأن ذلك من قواعد الشريعة التي لا يجوز هدمها : " وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها ، أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات ، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات ، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً ، وصحيحاً أو فاسداً ، وطاعة أو معصية " [4].

كما يقول في موضع آخر : " قد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصود في العقود معتبرة ، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمته ، بل ... تؤثر في الفعل

---

[1] – انظر : شرحي الحطاب والمواق على خليل ٤٦٩/٣ .

[2] – المدونة الكبرى ٢٩٦/٤ المجلد الثاني (كتاب النكاح الخامس ، في الإحلال) .

[3] – مواهب الجليل ٤٦٩/٣ .

[4] – إعلام الموقعين ٨٠/٣ (العبرة بالقصد لا بالألفاظ) .

الذي ليس بعقد تحليلاً وتحريماً ، فيصير حلالاً تارة وحراماً تارة باختلاف النية والقصد ، كما يصير صحيحاً تارة وفاسداً تارة باختلافها " . ومثل لذلك بالمثال الشهير الذي يرد على ألسنة الفقهاء فقال : " عصر العنب بنية أن يكون خمراً معصية ، ملعون فاعله على لسان رسول الله ﷺ ، وعصره بنية أن يكون خلاً أو دبساً جائز وصورة الفعل واحدة " [١].

وقال : " المتكلم بصيغ العقود ... وإن قصد بها ما لا يجوز قصده ، كالمتكلم بنكحت وتزوجت بقصد التحليل ، وبعت واشتريت بقصد الربا .... وبملكت بقصد الحيلة على إسقاط الزكاة أو الشفعة .. فهذا لا يحصل له مقصوده الذي قصده ، وجعل ظاهر اللفظ والفعل وسيلة إليه ، فإن في تحصيل مقصوده تنفيذاً للمحرم وإسقاطاً للواجب وإعانة على معصية الله ومناقضة لدينه وشرعه " [٢].

واستدل على أهمية النية الباعثة على العمل ، وأنها روح العمل ولبه وقوامه ، وهو تابع لها يصح بصحتها ويفسد بفسادها بكلام النبوة ، إذ قال ﷺ كلمتين كَفَتَا و شَفَتَا وتحتهما كنوز العلم وهما : " إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى " . فقال : " بيَّن في الجملة الثانية أن العامل ليس له من عمله إلا ما نواه وهذا يعم العبادات والمعاملات والأيمان والنذور وسائر العقود والأفعال ، وهذا دليل على أن من نوى بالبيع عقد الربا حصل له الربا ، ولا يعصمه من ذلك صورة البيع ، وأن من نوى بعقد النكاح التحليل كان محللاً ، ولا يخرجه من ذلك صورة عقد النكاح " [٣].

غير أن إعمال الباعث غير المشروع في المذهب الحنبلي يفضي إلى زعزعة التعامل ، فكل متعاقد بإمكانه ادعاء الباعث غير المشروع لإبطال التصرف ، فضماناً لاستقرار التعامل اشترط علم الطرف الآخر به ، أو أن يكون بحيث يفترض فيه هذا العلم ، فيحرم البيع إذا علم البائع قصد المشتري ، أما إذا كان المشتري ممن يعمل الحلال والحرام معاً ، أو كان البائع يشك في

---

[١] - إعلام الموقعين ٩٠/٣ (متى يحمل الكلام على غير ظاهره) .

[٢] - إعلام الموقعين ٩٩/٣ (تقسيم جامع يبين حقيقة صيغ العقود) . وسبق أن بيَّنت أن ابن القيم رحمه الله قد دافع عن أمرين : الأول دعا إلى إيثار الإرادة الباطنة من جهة ، كما نادى بوجوب الاعتداد بالباعث غير المشروع في إبطال العقد من جهة أخرى ، وأنه لم يخصص لكل أمر اصطلاحاً خاصاً به ، بل كان يطلق ألفاظ " القصد " و " المقصد " و " النية " على المفهومين بدون تفريق . انظر : ص/١٢٨ وما بعدها من هذه الرسالة .

[٣] - إعلام الموقعين ٩١/٣-٩٢ (النية روح العمل ولبه) .

حاله أو يتوهم فمذهبهم الجواز ، ونصوا أنه إذا ثبت التحريم بأن علم البائع قصد المشتري ، بأي وجه حصل العلم ، فالبيع باطل ، لأنه عقد على عين لمعصية الله تعالى بها فلم يصح .

قال في كشاف القناع : " ولا يصح بيع ما قصد به الحرام كعنب ، وكعصير لمتخذهـا خمراً ، وكذا زبيب ونحوه ، ولو كان بيع ذلك لذميّ يتخذه خمراً ، لأنهم مخاطبون بفروع الشريعة ، ولا بيع سلاح ونحوه في فتنة ، أو لأهل حرب ، أو لقطّاع طريق ، إذا علم البائع ذلك من مشتريه ولو بقرائن لقوله تعالى : ((**وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالعُدْوَانِ**)) [المائدة/٢]. ويصح بيع السلاح لأهل العدل لقتال البغاة وقتال قطاع الطريق ، لأن ذلك معونة على البر والتقوى "[١] .

وقال في المغني : " وبيع العصير ممن يتخذه خمراً باطل ، وجملة ذلك أن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمراً محرم ... لأنه يعقد عليها لمن يعلم أنه يريدها للمعصية ، فأشبه إجارة أمته لمن يعلم أنه يستأجرها ليزني بها ، والآية – أي قوله تعالى : ((**وَأَحَلَّ اللهُ البَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا**)) [البقرة /٢٧٥] [٢]– مخصوصة بصور كثيرة ، فيخص منها محل النزاع بدليلنا ، وقولهم: تم البيع بشروطه وأركانه ، قلنا : لكن وجد المانع منه ، إذا ثبت هذا فإنما يحرم البيع ويبطل ، إذا علم البائع قصد المشتري ذلك ، إما بقوله وإما بقرائن مختصة به تدل على ذلك ، فأما إن كان الأمر محتملاً ، مثل أن يشتريها من لا يعلم حاله أو من يعمل الخل والخمر معاً . ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر فالبيع جائز ، وإذا ثبت التحريم فالبيع باطل .

وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام ، كبيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطريق أو في الفتنة ، وبيع الأمة للغناء أو إجارتها كذلك ، أو إجارة داره لبيع الخمر فيها أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار وأشباه ذلك ، فهذا حرام والعقد باطل لما قدمنا .

وقد نص – الإمام – أحمد رحمه الله على مسائل نبه بها على ذلك ، فقال في القصاب والخباز : إذا علم أن من يشتري منه يدعو عليه من يشرب المسكر لا يبيعه ، ومن يخترط [٣] الأقداح لا يبيعها لمن يشرب فيها ، ونهى عن بيع الديباج للرجال ، ولا بأس ببيعه للنساء ،

---

(١) – كشاف القناع ، للبهوتي ٤٨٨/٢ (كتاب البيع ، فصل : ويحرم البيع والشراء) .

(٢) – وهي دليل لمن تمسك بالظاهر في تصحيح العقد ، إذا لم يرد في صيغته ما يدل على الربا .

(٣) – يعني يصنع .

وروي عنه : لا يبيع الجوز من الصبيان للقمار ، وعلى قياسه البيض فيكون بيع ذلك كله باطلاً "[1].

ويكفي في المذهب وجود ظروف وقرائن يفترض معها علم الطرف الآخر بالباعث ، ويمكن تطبيق ذلك في عقود التبرعات حيث لا يمكن اشتراط وجوب علم الطرف الآخر به ، بل لا يتصور اشتراطه – لأن التبرع تصرف انفرادي من جانب واحد ، وليس له طرف آخر يتوقف وجوده عليه ، كوصية الضرار ، وهبة المال قرب نهاية الحول لإسقاط الزكاة باطلة ، وهدية المقترض إلى المقرض ، إذا لم تجر له بذلك عادة ، حمل ذلك على الربا ، فلا تجوز الهدية، وإذا أهدى المشركون لأمير الجيش هدية حمل ذلك على الرشوة لو اختص بها ، وينبغي أن يعلم ذلك ، فلا يختص بها ولكن هي غنيمة أو فيء ، وكذلك الهدايا التي تهدى للعمال ، فإنها تحمل على الرشوة .

وقد جاء في " القواعد " لابن رجب في هذا المعنى ما يأتي : " تعتبر الأسباب في عقود التمليك كما تعتبر في الأيمان ، ويتخرج على هذا مسائل متعددة ، (منها) مسائل العِينة ، (ومنها) هدية المقترض قبل الأداء ، فإنه لا يجوز قبولها ممن لم يجر له منه عادة ، (ومنها) هدية المشركين لأمير الجيش ، فإنه لا يختص بها على المذهب ، بل هي غنيمة أو فيء ، على اختلاف الأصحاب ، (ومنها) هدايا العمال ، فقال أحمد ..... في الهدايا التي تهدى للأمير فيعطي منها الرجل ، قال : هذا الغلول ، و منع الأصحاب من قبول القاضي هدية من لم تجر العادة بهديته له قبل ولايته ، (ومنها) هبة المرأة زوجها صداقها إذا سألها ذلك ، فإن سببها طلب استدامة النكاح ، فإن طلقها فلها الرجوع فيها ، نص عليه أحمد "[2].

وجاء في قاعدة أخرى من قواعد ابن رجب رحمه الله قوله : " من أتى بسبب يفيد الملك أو الحل أو يسقط الواجبات على وجه محرم ، وكان مما تدعو النفوس إليه ألغي ذلك السبب وصار وجوده كالعدم و لم يترتب عليه أحكامه ويتخرج على ذلك مسائل كثيرة :

---

(1) – المغني ، لابن قدامة ٣١٧/٦– ٣١٩ مسألة رقم ٧٦٥ (وبيع العصير ممن يتخذه خمراً باطل) .

(2) – القواعد لابن رجب /٣٢١ – ٣٢٢ (القاعدة : الخمسون بعد المائة) والمسألة الأخيرة (هبة المرأة ..) لا يعتبر الباعث غير مشروع ، بل هو مشروع ولا يناقض مقاصد الشريعة ، ولكن لما زال سبب الهبة وأصبح غير قائم ، انفسخ العقد ، لأن من شروط السبب أن يظل قائماً حتى يتم تنفيذ العقد .

(منها) الفارّ من الزكاة قبل تمام الحول بتنقيص النصاب أو إخراجه عن ملكه تجب عليه الزكاة .. (ومنها) المطلق في مرضه لا يقطع طلاقه حق الزوجة من إرثها منه .. "[1].

وسأعرض للنصوص الفقهية التي تزيد المذهب وضوحاً في مسائل هي : نكاح التحليل ، وطلاق الفارّ، ووصية الضرار ، وبيع العِينة ، لتقارن مع ما سبق في المذاهب الأخرى .

مسألة نكاح التحليل : إذا عقد النكاح وكان الباعث عليه التحليل فالنكاح باطل ، سواء شرط في العقد التحليل أو لم يشرط ما دام قصد الرجل وباعثه على النكاح تحليلها لمطلقها الأول بأن يتزوجها ويطلقها ، وسواء علمت المرأة أو وليها أو مطلقها بذلك أو لم يعلموا ، وإذا أراد المحلل البقاء على نكاحه لم يكن له ذلك لأن نكاحه وقع فاسداً بقصده السيء ، فلا يرتفع الفساد بتغير القصد ، وإنما باستئناف عقد نكاح جديد ، ولو طلقها المحلل بعد الدخول فرجعت إلى مطلقها الأول بعد انقضاء عدتها بعقد جديد فرق بينهما .

قال في " المغني " : " مسألة ... إن شرط عليه أن يحلها لزوج كان قبله ،وجملته أن نكاح المحلل حرام باطل ، في قول عامة أهل العلم " . " فصل : فإن شرط عليه التحليل قبل العقد ، ولم يذكره في العقد ، ونواه في العقد ، أو نوى التحليل من غير شرط ، فالنكاح باطل أيضاً " . " فصل : فإن شُرِط عليه أن يحلها قبل العقد ، فنوى بالعقد غير ما شَرَطوا عليه ، وقصد نكاح رغبة ، صح العقد ، لأنه خلا عن نية التحليل وشرطه ، فصح " .

ولا عبرة لنية المرأة أو وليها ، فلا أثر لها في العقد ، لأنه إنما يبطل بنية الزوج ، لأنه الذي إليه المفارقة والإمساك . " أما المرأة فلا تملك رفع العقد ، فوجود نيتها وعدمها سواء ، وكذلك الزوج الأول لا يملك شيئاً من العقد ، ولا من رفعه ، فهو أجنبي كسائر الأجانب ، فإن قيل : فكيف لعنه النبي ﷺ ؟ قلنا : إنما لعنه إذا رجع إليها بذلك التحليل ، لأنها لم تحل له ، فكان زانياً ، فاستحق اللعنة لذلك "[2].

---

[1] - القواعد ، لابن رجب /٢٢٩- ٢٣٠ (القاعدة الثانية بعد المائة) .

[2] - المغني ، لابن قدامة ٤٩/١٠ وما بعدها (مسألة رقم ١١٧٨) وانظر : كشاف القناع للبهوتي ٨٥/٣ وما بعدها (باب الشروط في النكاح) ، ولابن تيمية رحمه الله كتاب بعنوان " بيان الدليل على بطلان التحليل " تكلم فيه عن الحيل بشكل عام ، وتصدى لمسألة تحليل المطلقة لزوجها الأول .

وفي مسألة ميراث المطلقة : قال ابن قدامة : " إن طلقها في الصحة طلاقاً بائناً أو رجعياً فبانت بانقضاء عدتها ، لم يتوارثا إجماعاً ، وإن كان الطلاق في المرض المَخُوف ، ثم مات من مرضه ذلك في عدتها ورثته ولم يرثها إن ماتت .. لأنه قصد قصداً فاسداً في الميراث ، فعورض بنقيض قصده .. والمشهور عن أحمد أنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تتزوج ... ولأن سبب توريثها فراره من ميراثها ، وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة " . " ولو صح من مرضه ذلك ثم مات بعده ، لم ترثه في قول الجمهور ، وروي عن النخعي والشعبي والثوري وزفر أنها ترثه، لأنه طلاق مرض قصد به الفرار من الميراث ، فلم يمنعه كما لو لم يصح ، ولنا أن هذه بائن بطلاق في غير مرض الموت ، فلم ترثه ، كالمطلقة في الصحة ، ولأن حكم هذا المرض حكم الصحة في العطايا والإعتاق والإقرار ، فكذلك في الطلاق ، وما ذكروه يبطل فيما إذا قصد الفرار بالطلاق في صحته " [1].

فهذا النص يبين أن الحنابلة أخذوا بالقصد والباعث في حالة الطلاق بائناً في مرض الموت ، وعاملوا المطلق بنقيض قصده ، وقالوا بتوريث المطلقة إن مات من مرضه الذي طلقها فيه ، أما إن صح ثم مات بعده فلا ترث إلا إذا تحقق لديهم قصد الفرار بالطلاق في صحته .

ونقيض هذه المسألة ما إذا أراد الزوج محاباة زوجته وإعطاءها أكثر من نصيبها في الميراث فقام بمخالعتها في مرض موته ، ثم أوصى لها بأكثر مما كانت ترث ، فالمخالعة حيلة من الزوج والزوجة لإعطائها أكثر مما تستحق من الميراث ، فللورثة أن لا يعطوها أكثر من ميراثها معاملة بنقيض القصد .

جاء في المغني : " لو خالعها في مرض موته ، وأوصى لها بأكثر مما كانت ترث ، فللورثة أن لا يعطوها أكثر من ميراثها .

أما خلعه لزوجته فلا إشكال في صحته سواء كان بمهر مثلها أو أكثر أو أقل ولا يعتبر في الثلث ، لأنه لو طلق بغير عوض لصح ، فلأن يصح بعوض أولى ، ولأن الورثة لا يفوتهم بخلعه شيء ، فإنه لو مات وله امرأة ، لبانت بموته ، ولم تنتقل إلى ورثته .

فأما إن أوصى لها بمثل ميراثها أو أقل صح ، لأن لا تهمة في أنه أبانها ليعطيها ذلك ، فإنه لو لم يبنها لأخذته بميراثها ، وإن أوصى لها بزيادة عليه ، فللورثة منعها ذلك ، لأنه اتهم في أنه

---

[1] - المغني ٩/١٩٤ وما بعدها مسألة رقم (١٠٤٩) .

قصد إيصال ذلك إليها ، لأنه لم يكن له سبيل إلى إيصاله إليها وهي في حباله ، فطلقها ليوصل ذلك إليها ، فمنع منه كما لو أوصى لوارث " [1].

وكذلك أبطل الحنابلة **بيع العِينة** ، لأنه عندهم من الحيل المحرمة التي يقصد بها الوصول إلى ما حرمه الله تعالى .

قال في المغني : " من باع سلعة بثمن مؤجل ثم اشتراها بأقل منه نقداً ، لم يجز في قول أكثر أهل العلم " [2]. أما بيعها بمثل الثمن أو أكثر فيجوز ، لأنه لا يكون ذريعة .

ومن البيوع الباطلة **بيع الأمانة** [3]: وصورته أن يتفق البائع والمشتري على أن البائع إذا رد الثمن إلى المشتري أعاد إليه الأخير المبيع ، وأن للمشتري قبل رد الثمن الانتفاع بالمبيع بنفسه أو بإجارته للغير، وسبب بطلانه ، لأن الباعث عليه تحصيل الربا بإعطاء الثمن إلى أجل والانتفاع بالمبيع ، فهو في معنى القرض بعوض ، وعلى هذا يجب رد المبيع إلى البائع وأن ينزل من الثمن المردود ما قبضه المشتري من بدل أجرته للمبيع ، وإن كان المشتري هو الذي انتفع بالمبيع كدار سكنها ، حسب عليه أجر المثل وتحصل المقاصة بقدره ويرد الباقي من الثمن إلى المشتري[4].

وهذا الحكم صريح في الدلالة على أن الحنابلة يعتبرون القصد والباعث ، فقد أبطلوا البيع على الرغم من صحة ظاهره ، لأن القصد منه الربا ، ولأن العبرة في العقود للحقائق والمعاني وليس للأشكال والمباني .

قال ابن تيمية رحمه الله : " وما يظهرونه من بيع الأمانة الذي يتفقون فيه على أنه إذا جاءه بالثمن أعاد إليه المبيع هو باطل باتفاق الأئمة سواء شرط في العقد ، أو تواطآ عليه قبل العقد ، على أصح قولي العلماء ، والواجب في مثل هذا أن يعاد العقار إلى ربه والمال إلى ربه ، ويعزر كل من الشخصين إن كانا علما بالتحريم" [5].

---

(1) – المغني ٣١٣/١٠ -٣١٤ مسألة رقم (١٢٤٥) .

(2) – المغني ٢٦٠/٦ مسألة رقم (٧٤٩) .

(3) – يسمى عند الحنفية بيع الوفاء . وهو عقد مزيج من بيع ورهن ، وأن يبيع المحتاج إلى النقد عقاراً على أنه متى رد الثمن استرد العقار ، فهو عقد في صورة بيع على أساس احتفاظ الطرفين بحق التراد في العوضين ، وأحكام الرهن فيه هي الغالبة، واختلف الحنفية في حكمه على ثلاثة أقوال : إنه بيع صحيح ، إنه بيع فاسد ، إنه رهن وهو قول أكثر الفقهاء . انظر : ص / ١٣٣ من هذه الرسالة ، وانظر : المدخل الفقهي العام ، أ. الزرقا /١٠٩ و ٢٩٥ ، والعقود المسماة أ .د .محمد الزحيلي / ٤١١ وما بعدها ، كتاب جامعي .

(4) – انظر كشاف القناع ، للبهوتي ٤٦٢/١٠ (كتاب البيع ، الشرط الأول من شروطه) .

(5) – مجموع الفتاوى ٣٣٤/٢٩ .

المطلب الثالث : الباعث في المذهب الظاهري

سأبحث الباعث في المذهب الظاهري تكملة لدراسة المذاهب الأربعة المدونة ، ولكني أفردته في مطلب وحده ، لأنه ليس من المذاهب المعتبرة .

يقوم هذا المذهب على مبدأين أساسيين : الأول : ترك القياس جملة واحدة ، والثاني : الوقوف على ظواهر النصوص في القرآن والسنة ، والنص هو المستند الوحيد في المذهب ، وبناء على هذين المبدأين فإنهم لا يعتدون بالبواعث والمقاصد ، وإنما يجرون عقود الناس وتصرفاتهم على ظاهرها ، دون الالتفات إلى النيات والبواعث الخفية ، شأنهم في ذلك شأن الحنفية والشافعية .

فنكاح التحليل عندهم جائز وصحيح إذا كان بغير شرط ، أما إذا شرط في عقد نكاحها أنه يطلقها فهو عقد فاسد مفسوخ ، ولا تحل له به أبداً ، فهم يعتدون بالباعث طالما ذكر في صلب العقد ، أما إذا لم يذكر فلا أثر له عندهم .

قال في " المحلى " : " فلو رغب المطلق ثلاثاً إلى من يتزوجها ويطؤها له فذلك جائز إذا تزوجها بغير شرط لذلك في نفس عقده لنكاحه إياها ، فإذا تزوجها فهو بالخيار إن شاء طلقها، وإن شاء أمسكها ، فإن طلقها حلت للأول ، فلو شرط في عقد نكاحها أنه يطلقها إذا وطئها فهو عقد فاسد مفسوخ أبداً ولا تحل له به ،ولا فرق بين هذا وبين ما ذكرنا قبل في كل نكاح فاسد " [1].

وطلاق المريض عندهم كطلاق الصحيح ، فإذا طلق زوجته بائناً في مرض موته ، ومات في عدتها أو بعدها ، فلا ترثه ولا عبرة بما قصده من حرمانها الميراث .

وكذلك نكاح المريض مرض الموت صحيح ويقع به التوارث بين الزوجين كقول الجمهور خلافاً للامام مالك رحمه الله قال في المحلى : " وتزويج المريض الموقن بالموت أو غير الموقن مريضة كذلك أو صحيحة جائز ويرثها وترثه مات من ذلك المرض أو صح ثم مات ، وكذلك للمريضة الموقنة وغير الموقنة أن تتزوج صحيحاً أو مريضاً ، ولها في كل ذلك الصداق المسمى كالصحيحين ولا فرق " [2].

---

[1] – المحلى ، لابن حزم ١٨٠/١٠ مسألة رقم (١٩٥٥) .

[2] – المحلى ٢٥/١٠ مسألة رقم (١٨٧٢) وانظر : رد ابن حزم على الإمام مالك الذي قال بفسخ النكاح ٢٧/١٠ .

وقال : " وطلاق المريض كطلاق الصحيح ، ولا فرق مات من ذلك المرض أو لم يمت منه ، فإن كان طلاق المريض ثلاثاً أو آخر ثلاث ، فمات أو ماتت قبل تمام العدة أو بعدها.. فلا ترثه في شيء من ذلك كله ولا يرثها أصلاً ، وكذلك طلاق الصحيح للمريضة ، وطلاق المريض للمريضة ولا فرق " [1].

و لم يأخذوا أيضاً باحتمال قصد المريض إيثار الوارث بمنفعة أو مال دون بقية الورثة ، ويحتجون بأن هذه التصرفات صحيحة من الصحيح فتصح من المريض إذ لا نص يفرق بينها .

جاء في " المحلى " :" كتاب فعل المريض مرضاً يموت منه أو الموقوف للقتل أو الحامل أو المسافر في أموالهم ، قال أبو محمد : كل من ذكرنا فكل ما أنفدوا في أموالهم من هبة أو صدقه أو محاباة في بيع أو هدية أو إقرار كان كل ذلك لوارث أو لغير وارث أو إقرار لوارث أو عتق أو قضاء بعض غرمائه دون بعض كان عليهم دين أو لم يكن فكله نافذ من رؤوس أموالهم كما قدمنا في الأصحاء الآمنين المقيمين ولا فرق في شيء أصلاً ، ووصاياهم كوصايا الأصحاء ولا فرق " [2].

وخلافاً لأصلهم يقولون بالفسخ للبيوع التي تتخذ وسيلة لتحقيق غاية غير مشروعة ، من ذلك ما جاء في المحلى : " ولا يحل بيع شيء ممن يوقن أنه يعصي الله به أو فيه وهو مفسوخ أبداً كبيع كل شيء ينبذ أو يعصر ممن يوقن أنه يعمله خمراً ، وكبيع الدراهم الرديئة ممن يوقن أن يدلس بها ، وكبيع الغلمان ممن يوقن أنه يفسق بهم أو يخصيهم ، وكبيع المملوك ممن يوقن أنه يسيء ملكيته ، أو كبيع السلاح أو الخيل ممن يوقن أنه يعدو بها على المسلمين ، أو كبيع الحرير ممن يوقن أنه يلبسه ، وهكذا في كل شيء ، لقول الله تعالى : ((**وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ**)) [المائدة /٢] ، والبيوع التي ذكرنا تعاون ظاهر على الإثم والعدوان ... وفسخها تعاون على البر والتقوى ، فإن لم يوقن بشيء من ذلك فالبيع صحيح لأنه لم يعن على الإثم ، فإن عصى المشتري الله تعالى بعد ذلك فعليه " [3].

من النص يتضح أنهم كالحنابلة يعتدون بالباعث غير المشروع ، ويستندون في إبطال تلك العقود إلى قوله تعالى : ((**وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ**)) ، والباعث غير المشروع هو

---

(١) – المحلى ٢١٨/١٠ مسألة رقم (١٩٧٦) .

(٢) – المحلى ٣٤٨/٩ .

(٣) – المحلى ٢٩/٩-٣٠ مسألة رقم (١٥٤٢) .

من قبيل هذا التعاون ، إلا أنه من شروط فسخ العقد تيقن البائع من قصد المشتري ، فإذا لم يتأكد من قصده غير المشروع فالبيع جائز ، لأن البيع في هذه الحالة ليس فيه إعانة على الإثم ، ويكون المشتري بعد ذلك آثما إن هو عصى الله فيما اشتراه .

وباشتراطهم هذا يتشددون في درجة علم المتعاقد الآخر، فيوصلونها إلى درجة التيقن وهي درجة تصل إلى حد المساهمة . والله أعلم .

المطلب الرابع

مقارنة المذاهب

مما سبق يتضح أن لا خلاف بين المذاهب في إبطال التصرفات إذا كان الباعث عليها غير مشروع ، ولكن الخلاف فيما بينهم هو في تحقيق المناط [1]، أي فيما يستدل به على الباعث ، وقد تبين أنه يمكن الاستدلال على الباعث بثلاث طرق :

١- بصورة شرط مقترن بالعقد : مثل أن يستأجر امرأة على النوح .

٢- أن يدل عليه طبيعة المعقود عليه ، مثل استئجار الإماء للزنا وبيع العنب من الخمار .

٣- وجود قرائن تدل على الباعث غير المشروع ، كبيع السلاح وقت الفتنة .

فمن الفقهاء من قال : إنه لا يعتد بالباعث إلا إذا ظهر في العقد صراحة كالشافعية والحنفية والظاهرية ، كأن يكون في صورة شرط في العقد . لكن الشافعية أشد تمسكاً بالظاهر من الحنفية والظاهرية ، فلا يعتدون بالقرائن والملابسات المحيطة بالتصرف ، ولو كانت تدل دلالة واضحة على أن الباعث غير مشروع ، أما الحنفية فيعتدون بالباعث إذا أمكن استخلاصه من طبيعة المحل ، إلا أنه يظهر تمسكهم بالظاهر أكثر من الشافعية في النكاح بشرط التحليل ، فيصح العقد عندهم ويفسد الشرط ، أما الظاهرية فهم كأصلهم يأخذون بالظاهر إلا في البيوع التي تتخذ وسيلة لتحقيق غاية غير مشروعة ، ولكن بشرط وصول علم المتعاقد الآخر بالباعث إلى درجة اليقين أي إلى حد المساهمة ، وهم بذلك يقتربون من مذهب الحنابلة ، الذين يكتفون بوجود ظروف وقرائن يفترض معها علم المتعاقد الآخر بالباعث ، كما يقتربون من مذهب

---

(١) - يعني تحقيق العلة المتفق عليها في الفرع .

المالكية ، الذين يقولون بوجوب فسخ العقد ، أي أنه كان منعقداً مع وجود الباعث غير المشروع ، ولكن لا يجوز استدامة آثاره الفاسدة .

ومن الفقهاء من يقول : إن الباعث غير المشروع مؤثر في انعقاد العقد ، في أي صورة ظهر ولو بقرائن الأحوال إذا كان هذا الباعث معلوماً من الطرف الآخر ، وهم المالكية والحنابلة إلا أن المالكية كانوا أكثر إعمالاً للباعث ، وذلك حين يظهر بمظنته البعيدة .

وعلى الرغم من هذه الملامح الأساسية لكل مذهب إلا أنه لكل فرع فقهي أو مسألة فقهية خصوصية معينة يمكن لأصحاب المذهب أن يخرجوا فيها عن أصلهم في الاعتداد بالباعث ، كما في بيع العِينة عند الحنفية .

وعلى أية حال ، هم يتدرجون في الأخذ بالباعث غير المشروع ، وترتيب آثاره على التصرف ، أو عدم ذلك ، وخير مثال يوضح هذا التدرج في أثر الباعث ودرجة اعتدادهم به هو مسألة طلاق المريض .

سبق القول بأن طلاق المريض صحيح بالإجماع ، لكن الحلول التي أوجدها الفقه جزاءً للباعث غير المشروع لهذا التصرف تكشف بجلاء ووضوح عن مدى اعتداده بهذا الباعث ، وأخذه بالنيات والمقاصد .

فبينما يكاد الأخذ بالباعث ينعدم لدى الشافعية ، ولا ينظر إلا إلى ظاهر التصرف ، يبرز دور الباعث لدى الحنفية من غير اتساع فيه ، فهم يقيدون توريث مطلقة الفارّ بوفاته خلال العدة ، ويقوى الأخذ بالباعث لدى الحنابلة الذين يعطون زوجة الفارّ الحق بميراث مطلقها ولو مات بعد انقضاء عدتها ما لم تتزوج من زوج آخر ، ويصل الاعتداد بالباعث أقصاه لدى المالكية فترث مطلقة الفارّ عندهم في كل الأحوال حتى ولو بعد انقضاء عدتها وزواجها من زوج آخر ، فهم يقولون بتوريثها ولو لم يتبين الباعث غير المشروع في كل حادثة على حدة - وهو حرمانها من الإرث اكتفاء بمظنة مرض الموت - إعداماً لهذا التصرف في ذاته في هذا الظرف ، سداً للذريعة واحتياطاً لدرء المفسدة .

ومَن أخذ عليهم ذلك هم الحنابلة أصحابهم في الاعتداد بالإرادة الباطنة ، فقد جاء في المغني : أن المرأة أصبحت وارثة من زوج فلا ترث زوجاً سواه ، كسائر الزوجات ، ولأن التوريث من حكم النكاح فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر كالعدة ، ولأنها فعلت باختيارها

ما ينافي نكاح الأول لها ، فأشبه ما لو كان فسخ النكاح من قبلها ، ولأن توريثها بعد العدة يفضي إلى توريث أكثر من أربع نسوة " [١].

وقد رجح الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله رأي الحنفية لاتفاقه مع القياس [٢] ، وهو رأي معتدل يعامل سيء النية بنقيض قصده من غير إفراط ولا تفريط ، فيحفظ لكلٍّ حقه ، وبه أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١١٦) إذ جاء فيها : " من باشر سبباً من أسباب البينونة في مرض موته ، أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك طائعاً بلا رضى زوجته ، ومات في ذلك المرض ، أو في تلك الحالة و المرأة في العدة فإنها ترث منه بشرط أن تستمر أهليتها من وقت الإبانة إلى الموت " .

ومن المسائل التي تظهر تشدد الإمام مالك في إعمال القصد والباعث أيضاً مسألة نكاح المريض مرض الموت ، إذ إنه يبطل نكاحه ويتهمه بباعث غير مشروع وهو إدخال وارث جديد على الورثة ، وخالفه في ذلك الحنابلة فقالوا : النكاح صحيح ويقع التوارث بين الزوجين ، وبذلك اتفقوا مع الجمهور .

كذلك لا خلاف بين المذاهب في أن الباعث غير المشروع وحده لا يكفي في الحكم القضائي لإبطال العقد، بل لا بد من أن يتصل به علم العاقد الآخر على وجه من الوجوه ، وما ذلك منهم إلا حرصاً على استقرار التعامل وعدم تزعزعه ، وإلا فلا يأمن أي متعاقد أن يرى العقد الذي اطمأن إليه قد انهار بدعوى الباعث غير المشروع يقدمها الطرف الآخر .

لكن الخلاف بينهم في ضبط كيفية اتصال العاقد الآخر بالباعث غير المشروع بين متشدد ومتساهل :

١- منهم من تشدد في هذا العلم ، فاشترط أن يكون الباعث مذكوراً في صلب العقد ، كما ذهب إليه الشافعية والحنفية والظاهرية .

٢- ومنهم من تساهل في هذا العلم ، فلم يشترط ذكر الباعث في العقد ، بل اكتفى بمجرد علم الآخرين ، أو بوجود قرائن يفترض معها هذا العلم ، وهم الحنابلة .

٣- ومنهم من اكتفى بمظنته البعيدة ، توسعاً في إعمال الباعث غير المشروع ، فلم يشترط وجوده في كل معاملة من المعاملات التي يكثر فيها هذا القصد اكتفاء بالكثرة دون

---

[١] – المغني ، لابن قدامه ١٩٦/٩ .

[٢] – الأحوال الشخصية ، للشيخ محمد أبي زهرة / ٣١٨ .

غلبة الظن ، وهذا منهم عملاً بالاحتياط الذي يوجب اعتبار هذه الكثرة في مرتبة الأمور الظنية الغالبة ، وهذا قول المالكية .

كما يلاحظ من نصوص المذهب المالكي وجود جزاءات متعددة للباعث غير المشـروع ، هـــذه الجزاءات تختلف بحسب علم المتعاقد الآخر بالباعث غير المشروع أو عدم علمه به :

١- فإذا كان المتعاقدان عالمين بالباعث غير المشروع فالجزاء على ذلك البطلان ، والعقـد لا ينعقد ، وهذا يوافق بقية المذاهب كأن يكون الباعث مذكوراً في صلب العقد .

٢- أما إذا كان المتعاقد الآخر غير عالم بالباعث غير المشروع عند إبرام العقد ، ولكن تبـين له ذلك بعد انعقاد العقد ، فإن العقد في هذه الحالة يفسخ ، أي ينعقد ثم يفســـخ درءاً للمفسدة ، فيجب على المتعاقد الآخر أن يطالب بالفسخ ، ويمكن للقاضي نفســه أن يحكم به إذا تعلق الأمر بحق الشارع .

٣- وهناك مؤيد آخر في حال عدم علم المتعاقد الآخر بالباعث غير المشروع عند إبرام العقـد وهو إجبار المشتري على إخراج المبيع من ملكه ببيع ونحوه من غير فسخ للعقد ، كمـن يبيع السلاح لقاطع طريق ، وهذا يضمن تحقيق مقاصد الشارع ويحول دون اســتدامة آثار العقد لما يترتب عليه من مفاسد وآثام ، كما يحقق استقرار المعاملات .

*** *** *** ***

المبحث الثاني

أدلة المذاهب الفقهية ومناقشتها

تمهيد :

أتكلم في هذا المبحث عن منشأ الخلاف بين أصحاب الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ، فقد سبق القول إن آراء الفقهاء لم تتفق على طريقة إثبات الباعث غير المشروع ، أي على تحقيق المناط فيه ، والسبب في عدم اتفاقهم هذا يرجع إلى مسألتين مهمتين وهما : اللفظ والنية في العقود ، وسد الذرائع .

أولاً : مسألة النية واللفظ في العقود [1]:

اتجه الفقهاء في هذه المسألة اتجاهين :

فمن قال بعدم الاعتداد بالباعث ، وإنه لا أثر له في العقد ، قال بالاعتداد بالألفاظ في العقود دون النيات والبواعث ، إذ إن النيات والبواعث غير المشروعة مستترة ، فيترك أمرها لله وحده، يعاقب صاحبها عليها ما دام آثماً بها ، وهؤلاء هم الحنفية والشافعية والظاهرية .

وأكثر من يأخذ بظاهر العقود وعباراتها المكونة لها من غير نظر إلى النيات الخفية والبواعث المستترة الإمام الشافعي رحمه الله ، فهو لا يأخذ إلا بمقتضى ظاهر الألفاظ في العقود وما تدل عليه ، لأن أحكام الدنيا نيطت بالظاهر في الشريعة الإسلامية ، فالنيات أمور عِلمها عند الله ، ولا يجلِّيها إلا يوم يكون الأمر كلُّه لله ، فالبحث عنها لا يتفق مع المبدأ العام الذي يقول : إن كل الأحكام الدنيوية تبنى على الظاهر ، والنبي ﷺ في أقضيته كان يقضي بمقتضى الظاهر ، وهو الذي أوحي إليه ، وإذا كانت الأحكام كلها في الدنيا كذلك ، فالعقود كلها لا تؤخذ إلا بما تنطق بها عباراتها من غير نظر إلى النيات مشروعة أو غير مشروعة [2].

فكل عقد في هذه المذاهب تؤخذ أحكامه من صيغته ، أو مما لابسه واقترن به ، ففساده يكون من صيغته وصحته تكون منها ، ولا يفسد لأمور خارجة عنه ، ولو كانت نيات ومقاصد لها أمارات ، أو كانت مآلات مؤكدة ونهايات ثابتة [3].

---

(1) - سبق أن بحثت هذا الموضوع في الفصل الثالث انظر ص / ١٣٠ وما بعدها .

(2) - الملكية ونظرية العقد ، الشيخ محمد أبو زهرة /٢١٩ .

(3) - الباعث على العقود في الفقه الإسلامي ، أ .د. وهبة الزحيلي /١٦ .

ومن قال بالاعتداد بالبواعث ، وإنه ذو أثر في العقد قال باعتبار النية والقصد دون اللفظ، وتشدد في ذلك ، وقد انتصر لهذا المبدأ ابن القيم رحمه الله ، وأكد أن القصود في العقود معتبرة ، وأنها تؤثر على القصد صحة وفساداً ، حلاً وحرمة ، وأفاض في ذلك ، وأوجز رأيه فيما يأتي :

١- إن اتفقت نية العاقد مع ما تدل عليه عبارته انعقد العقد وترتب عليه أثره الشرعي .

٢- إن قصد غير ما تدل عليه عبارته ، ولكن لم يدل شيء على نيته ، كان مؤاخذاً بنيته ديانة ، أي أمام الله ، إلا أنه يلزم قضاء حكم العقد ، كما يؤخذ من عبارته .

٣- إن كشفت قرينة عن هذه النية ، وكانت لا تنافي الشريعة ، صح العقد ، وإلا كان فاسداً لا أثر له [1].

ثانيا : مسألة الذرائع : كذلك اختلف الفقهاء في الأخذ بمبدأ سد الذرائع .

فأصحاب الاتجاه الأول ، وهم الشافعية والحنفية الذين يحكمون بالظاهر دون النظر إلى غايات الأفعال ومآلاتها ، ضيقوا الأخذ بالذرائع .

أما أصحاب النظرة الذاتية ، الذين يحكمون بالنيات والمقاصد ، فقد أخذوا بالذرائع وحكموا بها ، ونظروا إلى المآلات والغايات نظرة مجردة ، فمن عقد عقداً قصد به أمراً محرماً ، واتخذ هذا العقد ذريعة له ، فإن المآل والباعث يحرمان العقد ، فيأثم عند الله ، ويكون العقد باطلاً لأنه ربا ، فيبطل سداً للذريعة .

وسأبحث في المطلب الأول من هذا الفصل في علاقة الباعث بمبدأ سد الذرائع ، بعد التعرف على معنى سد الذرائع ، وأدلته ، وأقسام الذرائع ، ثم الاحتجاج به .

وسيكون البحث في المطلب الثاني في علاقة الباعث بقاعدة الحيل ، وأقسام الحيل ، وأقوال العلماء ، والأدلة على بطلان التحيل .

وفي المطلب الثالث في أدلة الإمام الشافعي رضي الله عنه .

وفي المطلب الرابع في مناقشة الأدلة والترجيح .

---

(١) - انظر : إعلام الموقعين ٨٧/٣ وما بعدها (وضعت الألفاظ لتعريف ما في النفس ...) . وقد استقيت هذه الخلاصة لرأي ابن القيم من كتاب أ .د . وهبة الزحيلي "الباعث على العقود " /١٦- ١٧ .

المطلب الأول : علاقة الباعث بمبدأ سد الذرائع

قال الشيخ أبو زهرة رحمه الله في كتابه عن " مالك " : إن مبدأ الذرائع هو " أصل من الأصول التي أكثر من الاعتماد عليها في استنباطه الفقهي الإمام مالك رضي الله عنه ، وقاربه في ذلك الإمام أحمد بن حنبل رضي الله عنه "[١] .

ولبيان الصلة بين انتصار هذين المذهبين لمبدأ سد الذرائع ، واعتدادهما بالباعث غير المشروع في التصرف ، أبحث في معنى سد الذرائع ، وأدلته ، وأقسام الذرائع ، والاحتجاج به .

- **الفرع الأول : معنى الذرائع**

أولاً: الذريعة لغة : من ذَرَع وهو أصل يدل على الامتداد والتحرك إلى الأمام ، وكل ما تفرع عن هذا الأصل يرجع إليه[٢] .

والذريعة : هي الوسيلة إلى الشيء ، فمن تذرع بذريعة ، فقد توسل بوسيلة ، والجمع الذرائع وهي السبب إلى الشيء ، يقال : فلان ذريعتي إليك ، أي سببي ووصلتي الذي أتسبب به إليك [٣].

ثانياً : الذريعة اصطلاحاً : للذريعة في الاصطلاح معنيان : أحدهما عام والآخر خاص ، فالمعنى العام قريب من المعنى اللغوي ، فتشمل الذريعة كل شيء يتخذ وسيلة لشيء آخر بصرف النظر عن كون الوسيلة أو المتوسل إليه مقيداً بوصف الجواز أو المنع .

وقد عرَّفها القرافي رحمه الله بقوله : " الذريعة هي الوسيلة " [٤]، فكما أن وسيلة المحرم محرمة ، ووسيلة الواجب واجبة ، فالفاحشة حرام ، والنظر إلى عورة الأجنبية حرام ، لأنها تؤدي إلى الفاحشة ، والجمعة فرض فالسعي لها فرض ، وترك البيع لأجل السعي فرض ، فموارد الأحكام قسمان : مقاصد ، وهي الأمور المكونة للمصالح والمفاسد في أنفسها ، أي التي هي في

---

[١] – مالك ، للشيخ محمد أبي زهرة /٣٧٤ فقرة (٢٢٤) ط / المكتبة الأنجلو المصرية .

[٢] – معجم مقاييس اللغة مادة (ذرع) .

[٣] – لسان العرب مادة (ذرع) .

[٤] – الفروق ، للقرافي (الفرق الثامن والخمسون) .

ذاتها مصالح أو مفاسد ، ووسائل ، وهي الطرق المفضية إلى المقاصد ، وحكمها حكم ما أفضت إليه [1]من تحريم أو تحليل ، غير أنها أخفض رتبة من المقاصد في حكمها ، ويقول القرافي رحمه الله : " الوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل ، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل ، وإلى ما هو متوسط متوسطة " [2].

وصور ابن القيم رحمه الله هذا المبدأ وأفاض في ذلك فقال : " لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها ، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها ، بحسب إفضائها إلى غاياتها وارتباطاتها بها ، ووسائل الطاعات والقربات في محبتها والإذن فيها ، بحسب إفضائها إلى غاياتها ، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود ، وكلاهما مقصود ، لكنه مقصود قصد الغايات ، وهي مقصودة قصد الوسائل ، فإذا حَرَّمَ الرب تعالى شيئاً ، وله طرق ، ووسائل تفضي إليه فإنه يحرمها ، ويمنع منها تحقيقاً لتحريمه ، وتثبيتاً له ، ومنعاً أن يقرب حِمَاه ، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم ، وإغراء للنفوس به ، وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الإباء ، بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك ، فإن أحدَهم إذا منع جُنْدَه أو رعيته أو أهل بيته من شيء ثم أباح لهم الطرق والأسباب والذرائع الموصلة إليه لعدَّ متناقضاً ، ولحصل من رعيته وجنده ضد مقصوده ، وكذلك الأطباء إذا أرادوا حسم الداء منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة إليه ، وإلا فسد عليهم ما يرومون إصلاحه ، فما الظن بهذه الشريعة الكاملة التي هي في أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال ؟ ومن تأمل مصادرها ومواردها علم أن الله تعالى ورسوله سد الذرائع المفضية إلى المحارم بأن حرمها ونهى عنها " [3].

أما المعنى الخاص : وهو الذي اختلف فيه العلماء ، فذهب فريق إلى المنع ، واتجه آخرون إلى الجواز – فالذريعة هي وسيلة إلى مفسدة .

---

(1) – أنكر ابن الشَّاط شارح الفروق القول بأن حكم الوسائل حكم ما أفضت إليه من وجوب وغيره فقال : " إن ذلك مبني على قاعدة : أن ما لا يتم الواجب إلا به ، فهو واجب ، والصحيح أن ذلك غير لازم فيما لم يصرح الشرع بوجوبه".
إدرار الشروق على أنواء الفروق ، هامش الفروق ٢/ ٥٩ ،دار الكتب العلمية ط ١ /١٤١٨ بيروت .

(2) – الفروق (الفرق الثامن والخمسون) .

(3) – إعلام الموقعين ٣/ ١٠٨– ١٠٩ (فصل في سد الذرائع ، للوسائل حكم المقاصد) .

وقد عرّفها الشاطبي رحمه الله بقوله : " وحقيقتها التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة " [1].والمقصود بالمصلحة هنا كل فعل أقره الشرع بنص صريح ، أو بمقتضى من قواعده وأحكامه ، لأن المصالح من وضع الشارع الحكيم سواء كانت هذه المصالح دنيوية أم أخروية ، وليس للإنسان أي ابتداع في ذلك [2] ، أما المفسدة فهي كل ما يخالف مقاصد الشارع وأحكامه ، لأن الأحكام معللة بمصالح العباد .

وعرّفها القرطبي رحمه الله بقوله :" هي عبارة عن أمر غير ممنوع لنفسه يخاف في ارتكابه الوقوع في ممنوع "[3]. أي يتوقع أو يظن أن ذلك المباح سيفضي إلى الممنوع أي إلى المفسدة .

ومن هذين التعريفين يتبين أن :

الفعل المتوسل إليه مقيد بكونه محظوراً ، وهذا شرط ضروري لإعطاء الذريعة في الاصطلاح الخاص معناها الحقيقي ، وقد التقت عبارات الفقهاء مع اختلاف ألفاظها على ذلك .

أما الوسيلة فهي مقيدة بكونها مباحة أو جائزة أو متضمنة لمصلحة – أما الوسيلة المحظورة الممنوعة فليست ذريعة بهذا المعنى – لهذا جرى الخلاف حول سدها ، ولو كانت ممنوعة لما جرى هذا الخلاف .

وخير تعريف للذريعة بمعناها الخاص ما جاء في كتاب " سد الذرائع في الشريعة الإسلامية " بأنها : " عبارة عن أمر غير ممنوع لنفسه ، قويت التهمة في أدائه ، إلى فعل محظور "[4]، وقوله : (قوة التهمة) لإخراج ما يكون إفضاؤه إلى المفسدة نادراً لا يغلب على الظن وقوعه ، والتقييد (بالفعل) في المتوسل إليه ، لإخراج الذرائع التي تلزم عنها مفاسد لا سلطان للمكلف على حصولها أو عدم حصولها .

---

[1] – الموافقات ١٩٨/٤– ١٩٩ .

[2] – يقول العز بن عبد السلام رحمه الله في ذلك : " أما مصالح الدارين ، وأسبابها ، ومفاسدها فلا تعرف إلا بالشرع فإن خفي منها شيء طلب من أدلة الشرع " قواعد الأحكام ٨/١ .

[3] – الجامع لأحكام القرآن ٥٧/٢–٥٨ (تفسير الآية /١٠٤ من سورة البقرة) .

[4] – سد الذرائع في الشريعة الإسلامية أ . محمد هشام البرهاني /٨٠، مطبعة الريحاني ط١/١٤٠٦، بيروت .

على ضوء ما تقدم من عرض معنى الذريعة الخاص ، فإن سد الذرائع في الاصطلاح هو حسم مادة وسائل الفساد ، أي قطعها والحؤول دون الوصول إلى المفسدة إذا كانت النتيجة فساداً ، لأن الفساد محظور وممنوع .

ومقابل سد الذرائع يوجد مبدأ فتح الذرائع : ومعناه الأخذ بالذرائع إذا كانت النتيجة مصلحة ، أي ما كان وسيلة إلى المباح فهو مباح .

فقاعدة سد الذرائع هي منع كل الوسائل المشروعة التي يمكن أن تفضي إلى مآل غير مشروع ، سواء كان ذلك بقصد من المكلف ، أو بغير قصد منه ، وذلك دفعاً لهذا المآل ، ومنعاً لوقوع هذه المفسدة .

وبعبارة أخرى يشمل مبدأ سد الذرائع الأفعال المباحة المفضية إلى المآلات المادية البحتة غير المشروعة ، من غير نظر إلى قصد المكلف ونيته ، وهو بذلك يسعى إلى النفع العام ، ودفع الفساد العام ، ويشمل أيضاً الأفعال المباحة التي يتخذها الناس وسيلة إلى تحقيق غرض غير مشروع ، أي إلى الباعث الذي يبعث الشخص على الفعل .

- **الفرع الثاني : أدلة سد الذرائع :**

إن الأدلة على قاعدة الذرائع كثيرة ومتعددة ، وقد وردت هذه الأدلة في الكتاب والسنة ، سأعرض البعض منها وأبين علاقة كل واحد منها بالباعث [1].

أولاً : من القرآن الكريم :

١- قوله تعالى : ((**وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللهِ فَيَسُبُّوا اللهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ**))[الأنعام /١٠٨] .

وجه الاستدلال : أن الله عز وجل ، نهى المؤمنين وحرم عليهم سب آلهة المشركين ، مع كون السب إهانة لآلهتهم ، لكونه ذريعة إلى سب الله تعالى ، فمنعت هذه الذريعة نظراً لهذا المآل لأن مصلحة ترك مسبّة الله تعالى أولى من سب آلهة المشركين ، أو بمعنى آخر إن المفسدة التي

---

(١) - ذكر ابن القيم في إعلام الموقعين تسعة وتسعين وجهاً تدل على المنع من فعل ما يؤدي إلى الحرام ولو كان جائزاً في نفسه. ٣/١٠٩ وما بعدها حتى ١٢٥ .

تترتب على سب المشركين لله تعالى أرجح من المصلحة التي تنتج عن سب آلهة المشركين ، فمنع الجائز لئلا يكون سبباً في فعل ما لا يجوز .

٢- قوله تعالى : ((**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقُولُوا رَاعِنَا وَقُولُوا انظُرْنَا وَاسْمَعُوا**))[البقرة/١٠٤] .

وجه الاستدلال : أن الله سبحانه نهى المسلمين في عصر النبوة عن مخاطبة النبي صلى الله عليه وسلم بقولهم راعنا مع أنها كلمة صحيحة معروفة في لغة العرب ، ومعناها : " أرْعِنا سمعك حتى نُفْهِمَكَ وتُفْهِمُ عنّا "[1] . ولم يقصد بها المؤمنون إلا الخير ، إلا أنهم منعوا من ذلك لئلا يكون قولهم ذريعة لليهود إلى سب النبي ﷺ ، فإنهم كانوا يخاطبون بها النبي عليه الصلاة والسلام ويريدون الرعونة : أي الحُمْقَ والاسْتِرْخاء[2].

فالمنع كان للباعث غير المشروع ، فالمؤمنون لم يكونوا يعلمون أن اليهود كانوا يستعملونها بقصد سيء فأطلعهم الله تعالى على ذلك وحذرهم من التشبه باليهود في استعمال تلك الكلمة ، لأن التشبه في القول يجر إلى التشبه في العقيدة ، والحكم هنا دار مع النية والقصد لا مع المآل ، إذ اللفظ واحد والقصد مختلف .

٣- قوله تعالى لكليمه موسى وأخيه هارون عليهما السلام : ((**اذْهَبَا إِلَى فِرْعَوْنَ إِنَّهُ طَغَى * فَقُولَا لَهُ قَوْلاً لَّيِّناً لَّعَلَّهُ يَتَذَكَّرُ أَو يَخْشَى**)) .[طه /٤٣-٤٤] .

وجه الاستدلال : أنه تعالى أمر أن يُلِينا القول لأعظم أعدائه وأشدهم كفراً وأعتاهم عليه ، لئلا يكون إغلاظ القول له مع أنه حقيق به ذريعة إلى تنفيره وعدم صبره لقيام الحجة ، فنهاهم عن الجائز لئلا يترتب عليه ما هو أكره إليه تعالى .

ثانيا : من السنة النبوية :

١- روي عن النبي ﷺ أنه كان يكف عن قتل المنافقين ، مع كونه مصلحة ، لئلا يكون ذريعة إلى تنفير الناس عنه وقولهم : إن محمداً يقتل أصحابه[3] ، فإن هذا القول يوجب

---

[1] - لسان العرب ، مادة (رعي) .

[2] - لسان العرب ، مادة (رعن) وانظر : تفسير القرطبي ٢/٦٠ .

[3] - ورد في الحديث الصحيح المتفق عليه أن جابراً بن عبد الله رضي الله عنهما قال : " كنا في غزاة فكَسَعَ رجل من المهاجرين رجلاً من الأنصار ، فقال الأنصاري : يا للأنصار ، وقال المهاجريُّ : يا للمهاجرين ، فسمعها الله رسوله ﷺ ، قال : ما هذا ؟ فقالوا : كَسَعَ رجل من المهاجرين رجلاً من الأنصار ، فقال الأنصاري : يا للأنصار وقال =

النفور عن الإسلام ممن دخل فيه ، ومن لم يدخل فيه ، ومفسدة التنفير أكبر من مفسدة ترك قتلهم ، ومصلحة التأليف أعظم من مصلحة القتل .

٢- قوله ﷺ : " لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك " [(١)].

فالرسول ﷺ يحرم الاتفاق على عقد القرض وعقد البيع في عقد واحد مع أن إفراد أحدهما عن الآخر جائز ، وما ذلك إلا سداً لذريعة الربا ، كأن يقرضه ألفاً ، ويبيعه سلعة تساوي ثمانمئة بألف أخرى ، فيكون قد أعطاه ألفاً وسلعة بثمانمئة ليأخذ منه ألفين وهذا هو معنى الربا .

٣- وقوله عليه الصلاة والسلام : " إذا أقرض أحدكم قرضاً فأهدي إليه ، أو حمله على الدابة، فلا يركبها ولا يقبله ، إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك " [(٢)].

فمنع الرسول ﷺ المقرض من قبول الهدية من مدينه ، لئلا يتخذ ذلك ذريعة إلى تأخير الدين من أجل الهدية فيكون ربا ، فإنه يعود إليه ماله وأخذ الفَضْل الذي استفاده بسبب القرض .

= المهاجريّ : يا للمهاجرين ، فقال النبي ﷺ : دعوها فإنها فتنة . قال جابر : وكانت الأنصار حين قدم النبي ﷺ أكثرُ ثم كثر المهاجرون بعد ، فقال : عبد الله بن أُبيّ : أو قد فعلوا ؟ والله لئن رجعنا إلى المدينة ليخرجن الأعز منها الأذلّ فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : دعني يا رسول الله أضربْ عُنُقَ هذا المنافق ، قال النبي ﷺ : دعه ، لا يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابَه " . أخرجه البخاري في كتاب التفسير ، باب : يقولون لئن رجعنا ... رقم (٤٩٠٧) وباب : سواء عليهم أستغفرت لهم .. رقم (٤٩٠٥) وفي كتاب المناقب ، باب: ما ينهى عن دعوى الجاهلية رقم (٣٥١٨) ومسلم في كتاب البر والصلة والآداب ، باب : نصر الأخ ظالماً أو مظلوماً رقم (٢٥٨٤) .

(١) - أخرجه أصحاب السنن من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أبو داود في كتاب البيوع ، باب : في الرجل يبيع ما ليس عنده رقم (٣٥٠٤) ، والترمذي في كتاب البيوع ، باب : ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك (١٢٣٤) ، قال أبو عيسى : " وهذا حديث حسن صحيح " ، والنسائي في البيوع ، باب : بيع ما ليس عندك رقم (٤٦٢٥) ، وباب : شرطان في بيع رقم (٤٦٤٤) و (٤٦٤٥)،وابن ماجه في التجارات ، باب : النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن رقم (٢١٨٨) .

(٢) - الحديث مما انفرد به ابن ماجه رواه في سننه كتاب الصدقات ، باب : القرض رقم (٢٤٣٢) من حديث أنس بن مالك وإسناده فيه مقال ، وأخرجه البيهقي في كتاب البيوع ، باب : كل قرض جر منفعة فهو ربا ٣٥٠/٥ .

٤- منع النبي ﷺ ناجية بن كعب [1] من أن يأكل من الهدية التي أرسلها معه إذا عطبت حتى يفوت عليه قصده ، لأنه لو سمح له بذلك فلربما يتهاون في حفظها أو يعطبها عمداً ليأكل منها ويدعي أنه لم يقصد ذلك ، فلاحتمال وجود هذا القصد منعه من الأكل منها ، فعن ابن عباس رضي الله عنه أن ذُؤَيْباً أبا قَبِيصَةَ حدثه ، أن رسول الله ﷺ كان يبعث معه بالبدن ، ثم يقول " إن عطب منها شيء فخشيت عليه موتاً ، فانحرها ، ثم اغمس نعلها في دمها ، ثم اضرب به صفحتها ، ولا تطعمها أنت ولا أحد من أهل رفقتك " [2].

ما يستخلص من الأدلة :

١- أن التصرفات بما هي وسيلة إلى غاية ، لا ينظر إليها في ذاتها من حيث الصحة والفساد ، أو الإذن والمنع ، بل تأخذ حكم ما أدت إليه .

٢- وكذلك الذريعة تأخذ حكم مآلها ولو لم يقصد إلى ذلك المآل ، ويتجلى ذلك بوضوح في الدليل الأول من أدلة القرآن الكريم ، فالمنع من سبِّ آلهة المشركين كان بالنظر إلى المضرة التي تنتج عنه ، وليس بالنظر إلى القصد أو النية ، فلو نظر إلى قصد المؤمنين لما منع الفعل ، لأن قصدهم كان مشروعاً .

٣- يضاف إلى ذلك ، أن مبدأ سد الذرائع يطبق أيضاً على الأفعال المباحة التي يقصد منها الإضرار كما هو الحال في الدليل الثاني من أدلة القرآن ، وكذلك على الأفعال المباحة التي يتوقع منها قصد الإضرار ، فيكون المنع بالنظر لمظنة وجود هذا القصد ، احتياطاً في درء المفاسد ، وحتى يفوت على الفاعل قصده . يوضح ذلك الدليل الثاني والثالث من أدلة السنة ، لأنه في غالب الظن يقصد من الممنوع تحقيق الربا .

ولكن هذه الأدلة ، وغيرها كثير ، يستدل بها العلماء على اعتبار الشرع سد الذرائع في الجملة ، وهذا مجمع عليه ، وإنما النزاع في الذرائع الخاصة ، كبيوع الآجال ونحوها .

---

[1] - هو ناجية بن كعب الخزاعي وقيل الأسلمي صاحب هدي النبي ﷺ ، لم يسمِّ أحد والده . انظر : الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر ترجمة رقم (٨٦٥١) .

[2] - أخرجه مسلم في كتاب الحج ، باب : ما يفعل بالهدي إذا عطب في الطريق رقم (١٣٢٦) .

● **الفرع الثالث : أقسام الذرائع**

قسم العلماء الذرائع تقسيمات مختلفة ، سأذكر منها ثلاثة أقسام :

١- بحسب موقف العلماء منها سداً أو فتحاً ، وهو تقسيم القرافي رحمه الله .

٢- بحسب أصل الوضع الشرعي للذريعة ، وهو تقسيم ابن القيم رحمه الله .

٣- بحسب ما يلزم عنها من أضرار تلحق العامل بها أو غيره ، وهو تقسيم الشاطبي رحمه الله .

أولاً : تقسيم القرافي رحمه الله ، قال : " الذرائع ثلاثة أقسام :

- قسم أجمعت الأمة على سدّه ومنعه وحسمه كحفر الآبار في طرق المسلمين ، فإنه وسيلة إلى إهلاكهم فيها ، وكذلك إلقاء السُّمِّ في أطعمتهم ، وسبُّ الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يَسُبُّ الله تعالى عند سبها .
- وقسم أجمعت الأمة على عدم منعه ، وأنه ذريعة لا تُسَدّ ووسيلة لا تحسم ، كالمنع من زراعة العنب خشية الخمر ، فإنه لم يقل به أحد ، وكالمنع من المجاورة في البيوت خشية الزنا .
- وقسم اختلف فيه العلماء هل يُسَدُّ أم لا ؟ كبيوع الآجال ... وهذه البيوع يقال : إنما تصل إلى ألف مسألة اختص بها مالك ، وخالفه فيها الشافعي ، وكذلك اختلف في النظر إلى النساء هل يُحَرِّم لأنه يؤدي إلى الزنا ، أو لا يحرم ؟ والحكم بالعلم هل يحرم لأنه وسيلة للقضاء بالباطل من القضاة السوء أو لا يحرم ؟ وكذلك اختلف في تضمين الصناع ، لأنهم يؤثرون في السلع بصنعتهم ، فتتغير السلع فلا يعرفها ربها إذا بيعت فيضمنون سداً لذريعة الأخذ أم لا يضمنون ، لأنهم أُجَرَاء ، وأصل الإجارة على الأمانة ؟" (١).

تعقيب :

هذا التقسيم ليس خاصاً بالذريعة بمعناها الاصطلاحي ، لأن القرافي رحمه الله قد أورده في معرض الاحتجاج على خصوم المالكية الذين ينكرون عليهم أصل سد الذرائع ، لإثبات أن الذرائع ليست من خواص مذهب الإمام مالك ، إلا أنه عند التمثيل لكل قسم أدخل فيه ما ليس من الذرائع بالمعنى الخاص ، كسبِّ الأصنام فقد ثبت النهي عنه بنص الكتاب ، ثم قال : "فهذه وجوه كثيرة يستدلون بها وهي لا تفيد ، فإنها تدل على اعتبار الشرع سد الذرائع في

---

(١) - الفروق ، للقرافي (الفرق الثامن والخمسون : بين المقاصد والوسائل) .

الجملة ، وهذا مجمع عليه، وإنما النـــزاع في الذرائع خاصة وهي بيوع الآجال ونحوها ، فينبغـي أن تذكر أدلة خاصة لمحل النـــزاع وإلا فهذه لا تفيد "[1].

ثانياً : تقسيم ابن القيم رحمه الله ، فقد قسم الوسائل بالنسبة إلى نتائجها إلى أربعة أقسام تحـــت عنوان " أنواع الوسائل وحكم كل نوع منها " :

١- وسيلة موضوعة للإفضاء إلى المفسدة ، كشرب المسكر المفضـــي إلى مفســـدة الســـكر، وكالقذف المفضي إلى مفسدة الفِرْيَة ، والزنا المفضي إلى اختلاط المياه وفساد الفـــراش ، ونحو ذلك ، فهذه أفعال وأقوال وضعت مفضية لهذه المفاسد وليس لها ظاهر غيرها .

٢- وسيلة موضوعة للمباح قصد بها التوسل إلى المفسدة ، كمن يعقد النكاح قـــاصداً بـــه التحليل ، أو يعقد البيع قاصداً به الربا .

٣- وسيلة موضوعة للمباح لم يقصد بها التوصل إلى المفسدة ، لكنها مفضية إليها غالبـــاً، ومفسدتها أرجح من مصلحتها ، كمن يسبّ أرباب المشركين بين أظهرهم ، أو يصلـــي بين يدي القبر لله ، أو تزين المتوفىَّ عنها في زمن عدتها .

٤- وسيلة موضوعة للمباح وقد تفضي إلى المفسدة ، ومصلحتها أرجح مـــن مفســـدتها ، كـــالنظر إلى المخطوبة .. والمشهود عليها ... وكلمة الحق عند ذي سلطان جائر، ونحـــو ذلك .

ويرى ابن القيم رحمه الله ، أن القسمين الأول والرابع ليسا محلاً للتراع : لأن الشارع قـــد جاء بمنع القسم الأول كراهة أو تحريماً ، بحسب درجاته في المفسدة ، وجاء بإباحة القسم الرابـــع أو استحبابه أو إيجابه ، بحسب درجاته في المصلحة .

فبقي الخلاف في القسمين الثاني والثالث ، فهما محل تطبيق سد الذرائع ، إلا أن القســـم الثالث لا يتحقق فيه المعيار الذاتي ، فهو لا يستند إلى قصد الفاعل[2].

تعقيب :

يرى الشيخ أبو زهرة رحمه الله أن هذه الأقسام سليمة من حيث الغرض العقلي ، غـــير أن القسم الأول لايعد من باب الذرائع ، بل يعد من المقاصد ، لأن الخمر والزنى والقذف والربـــا

---

(١) - الفروق (الفرق الرابع والتسعون والمائة : بين ما يسد من الذرائع) .

(٢) - إعلام الموقعين ١٠٩/٣ .

وأكل مال الناس بالباطل مفاسد في ذاتها ، وليست ذرائع ولا وسائل لمفاسد أخرى أكثر منها .

إنما الكلام في الذرائع هو في الوسائل التي تؤدي إلى المفاسد ، فتدفع ويسمى ذلك سد الذرائع ، ثم يقول : " وإذا كان القسم الأول لا يعد من سد الذرائع ، لأنه في ذاته مفسدة ، فالأقسام الثلاثة الأخرى هي التي تدخل في هذا التقسيم "(١).

وقد اتفق معه في ذلك الأستاذ البرهاني لكن على أساس آخر ، وهو ضرورة التمييز في التقسيم بين الذرائع بالمعنى العام ، والذرائع بالمعنى الخاص ، وقال : " فلا يجوز جمعها في تقسيم واحد حين نتكلم عن سد الذرائع كأصل مختلف فيه وشرط الذريعة فيه أن تكون جائزة غير محظورة ، وكل من الخمر ، والقذف ، والزنى أفعال محظورة وليست جائزة " (٢).

وبالرجوع إلى كلام ابن القيم رحمه الله وقوله : " إن الخلاف في محل تطبيق سد الذرائع في القسمين الثاني والثالث"، ولما كان القسم الثالث لا يتحقق فيه المعيار الذاتي ، لأنه لا يستند إلى قصد الفاعل بقي محل الخلاف في القسم الثاني ، وهو ما وضع لمباح إلا أنه يتخذ وسيلة لتحقيق الباعث غير المشروع .

ثالثاً : تقسيم الشاطبي رحمه الله : فقد قسم الوسائل وما يلزم عنها من أضرار تلحق العامل بها أو غيره إلى ثمانية أقسام فقال :" جلب المصلحة ، أو دفع المفسدة ، إذا كان مأذوناً فيه ،على نوعين . أحدهما : أن لا يلزم عنه إضرار بالغير .

والثاني : أن يلزم عنه ذلك " (٣).

فهو يقسم المباح إلى قسمين : الأول ، هو ما يؤدي إلى المباح دائماً ولا ينتج عنه أي ضرر ، فهذا لا مجال للكلام فيه ، لأنه لا يمكن أن يتخذ ذريعة إلى المفسدة .

أما الثاني ، فهو الذي يمكن أن يكون ذريعة إلى المفسدة ، وقد قسم هذا القسم إلى سبعة أقسام :

"١- أن يقصد الجالب أو الدافع الإضرار بالغير ، كالمرخص في سلعته قصد طلب معاشه ، وصحبه قصد الإضرار بالغير .

---

(١) - الإمام مالك ، للشيخ محمد أبي زهرة /٣٧٨ فقرة (٢٢٨) .

(٢) - سد الذرائع في الشريعة الإسلامية ، أ . محمد هشام البرهاني /١٩٢ .

(٣) - الموافقات ٣٤٨/٢ (المسألة الخامسة من مقاصد المكلف) .

٢- أن لا يقصد إضراراً بأحد ، إلا أنه ينتج عن الفعل ضرر عام ، كتلقي السلع ، وبيع الحاضر للبادي ، والامتناع من بيع داره أو فدانه ، وقد اضطر إليه الناس لمسجد جامع ، أو غيره .

٣- أن لا يقصد إضراراً بأحد ، إلا أنه ينتج عن منعه من الفعل ضرر خاص ، فهو محتاج إلى فعله ، كالدافع عن نفسه مظلمة يعلم أنها تقع بغيره ، أو يسبق إلى شراء الطعام ، أو ما يحتاج إليه ، أو إلى صيد أو حطب أو ماء أو غيره ، عالماً بأنه إذا حازه استضر غيره بعدمه ، ولو أخذ من يده استضر هو .

٤- أن لا يلحقه من المنع منه ضرر ، ويكون أداؤه إلى المفسدة قطعياً ، كحفر البئر خلف باب الدار في الظلام ، بحيث يقع الداخل فيه بلا بد .

٥- أن لا يلحقه من المنع منه ضرر ، ويكون أداؤه إلى المفسدة نادراً ، كحفر البئر بموضع لا يؤدي غالباً إلى وقوع أحد فيه ، وأكل الأغذية التي غالباً لا تضر أحداً وما أشبه ذلك .

٦- أن لا يلحقه من المنع منه ضرر ، ويكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً غالباً – بحيث يغلب على الظن – أن يؤدي إليها – كبيع السلاح من أهل الحرب ، والعنب من الخمار ، وما يغش به ممن شأنه الغش .

٧- أن لا يلحقه من المنع منه ضرر ، ويكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً ، لا غالباً ، كمسائل بيوع الآجال "[١].

تعقيب :

جمع الشاطبي رحمه الله في تقسيمه هذا بين الذريعة بالمعنى العام ، والذريعة بالمعنى الخاص وقد عبر عن الأول بأنه التصرف المأذون فيه لجلب المصلحة أو لدفع المفسدة من غير إضرار بالغير ، وعن الثاني بالمأذون فيه وينشأ عنه ذلك الإضرار ، فهو قد اشترط في التصرف "الإذن" ثم مثل له بتلقي السلع ، وبيع الحاضر للبادي ، مع أن الصورتين تخالفان ما اشترط ، فقد ثبت النهي عنهما بقوله ﷺ : " لا تلقوا الركبان ، ولا يبع حاضر لباد "[٢] .

---

[١] – الموافقات ٣٤٨/٢ – ٣٤٩ (المسألة الخامسة من مقاصد المكلف) بتصرف .

[٢] – أخرجه البخاري في صحيحه من حديث ابن عباس رضي الله عنه في كتاب البيوع ، باب : هل يبيع حاضر لباد بغير أجر.. رقم (٢١٥٨) وفي كتاب الإجارة باب: أجر السمسرة رقم(٢٢٧٤) ومسلم في كتاب البيوع ، باب : تحريم بيع الحاضر للبادي رقم (١٥٢١) .

ويستخلص من هذا التقسيم تقسيم للذرائع بالمعنى الخاص ، وحسب قوة إفضاء الذريعة المأذون فيها إلى المفسدة أو المحرم وهذه الأقسام هي :

١- ما يكون أداؤه إلى المفسدة قطعاً فهو ممنوع .

٢- ما يكون أداؤه إلى المفسدة نادراً باق على أصل الإذن والمشروعية .

٣- ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً غالباً ، ممنوع احتياطاً لأن الظن في الأحكام العملية يجري مجرى العلم .

٤- ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً لا غالباً هو موضع نظر والتباس ، كمسائل البيوع الربوية [1].

وكما تم استبعاد القسمين الأول والرابع من تقسيم ابن القيم رحمه الله ، يُستَبعَد القسمان الأول والثاني من هذا التقسيم لأنهما ليسا محلاً للخلاف .

أما القسمان الثالث والرابع فهما محل تطبيق سد الذرائع ، على أن المعيار السائد في (الثالث) إذا كان ذاتياً يستند إلى قصد الفاعل فهو في (الرابع) معيار موضوعي لا يحفل بقصده ، والأصل فيه صحة الإذن ، وهذا محل اتفاق بين المالكية والشافعية ، ولكن على الرغم من هذا الاتفاق ، فقد وصلا إلى نتائج متباينة ، فالإمام الشافعي قد انتهى به عدم اعتداده بالقصد إلى إبقاء التصرف على أصل الإذن من الإباحة ، فسمح ببيع العِينة ، أما الإمام مالك فقد انتهى به عدم اعتداده بالقصد إلى خروج التصرف على أصل الإذن ولكن لا على أساس أن صاحب التصرف قد قصد به المفسدة ، بل على أساس كثرة وقوع القصد إلى المفسدة .

وقد شرح الشاطبي رحمه الله وجهة نظر الطرفين بقوله : " ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً لا غالباً ولا نادراً ، فهو موضع نظر والتباس ، والأصل فيه الحمل على الأصل من صحة الإذن كمذهب الشافعي وغيره ، ولأن العلم والظن بوقوع المفسدة منتفيان ، إذ ليس هذا إلا احتمال مجرد بين الوقوع وعدمه ، ولا قرينة ترجح أحد الجانبين على الآخر ، واحتمال القصد للمفسدة والإضرار لا يقوم مقام نفس القصد ولا يقتضيه ، لوجود العوارض من الغفلة وغيرها عن كونها موجودة أو غير موجودة .

---

(١) - الموافقات ٢/٢٤٢ بتصرف .

وأيضاً فإنه لا يصح أن يعد الجالب أو الدافع هنا مقصراً ولا قاصداً ، كما في العلم والظن ، لأنه ليس حمله على القصد إليهما – أي المفسدة والإضرار – أولى من حمله على عدم القصد لواحد منهما ، وإذا كان كذلك ، فالتسبب المأذون فيه قوي جداً ، إلا أن مالكاً اعتبره في سد الذرائع بناء على كثرة القصد وقوعاً ، وذلك أن القصد لا ينضبط في نفسه لأنه من الأمور الباطنة ، لكن له مجال هنا وهو كثرة الوقوع في الوجود أو هو مظنة ذلك ، فكما اعتبرت المظنة وإن صح التخلف ، كذلك تعتبر الكثرة لأنها مجال القصد ، ولهذا أصل وهو حديث أم ولد زيد بن أرقم .

وأيضاً فقد يشرع الحكم لعلة مع كون فواتها كثيراً ، كحد الخمر ، فإنه مشروع للزجر والازدجار به كثير لا غالب ، فاعتبرنا الكثرة في الحكم بما هو خلاف الأصل "[١] .

وعلى ذلك فبيع العينة ، وهو البيع الذي يتخذ ذريعة إلى الربا، ولو أنه ليس مظنة لهذا القصد ، ولا يغلب على الظن أن يكون كل بيع من هذا النوع مفضياً إلى الربا أو يقصد به ذلك ، إلا أنه محرم بالنظر إلى كثرة الوقوع في الوجود، فالناس كثيراً ما يتخذونه ذريعة إلى تحقيق ذلك المآل – الربا – فمنعه الإمام مالك ليقطع على الناس كل طريق إلى الإضرار ، ويطهر المجتمع من الفساد .

يؤيد ذلك أفعال حرمت من قبل الشرع حتى لا تكون ذريعة إلى المفسدة ، وإن لم يقطع بإفضائها إليها ، أو يغلب على الظن ذلك ، كالنهي عن الجمع بين البيع والسلف ، والنهي عن هبة المدين إذا لم تجر له عادة لذلك .

خلاصة ما تقدم : إن الذرائع التي هي محل الخلاف إنما هي الوسائل التي ظاهرها الجواز ، إذا قويت التهمة في التطرق بها إلى الممنوع ، وهو القسم الرابع من تقسيمات الشاطبي رحمه الله : وهو كل فعل مأذون فيه بالأصل ، ولكنه طرأ عليه ما جعله يؤدي إلى المفسدة كثيراً لا غالباً ،وهو القسم الثاني والثالث من تقسيم ابن القيم رحمه الله : وهو كل وسيلة مباحة ، قصد التوصل بها إلى المفسدة ، أو لم يقصد بها التوصل إلى المفسدة لكنها مفضية إليها غالباً ، ومفسدتها أرجح من مصلحتها .

---

[١] – الموافقات ٢/٣٦١– ٣٦٢ (المسألة الخامسة من مقاصد المكلف) .

وهذا هو المعنى الخاص للذريعة وهو المراد لدى الأصوليين والفقهاء عند قولهم بسـدها ، فسد الذرائع هو حسم مادة وسائل الفساد بمنع هذه الوسائل ودفعها [1].

• **الفرع الرابع : الصلة بين الاعتداد بالباعث وسد الذرائع ، ومدى هذه الصلة :**

يذهب ابن القيم رحمه الله إلى أن ثمة صلة وتلازماً بين الباعث وسد الذرائـع ، فـهو يؤكد الحقيقتين الآتيتين :

١- إن من يقول من الفقهاء بسد الذرائع في أصوله يُعمل الباعث على التعاقد .

٢- وإن من لا يقول منهم بسد الذرائع في أصوله يهمل الباعث على التعاقد .

قال : " فَمن سَدَّ الذرائع اعتبر المقاصد .. ومن لم يسد الذرائع لم يعتبر المقاصد.. "[2].

وفي معرض الحجج التي أدلى بها لتأييد مذهبه في الاعتداد بالباعث ، والرد على ما ذهـب إليه الشافعي رحمه الله في إهماله للقصود ، وعدم اعتداده بالشرط المتقدم على العقد [3] قـال : ولا تفسد العقود ، بأن يقال : هذه ذريعة ، وهذه نية سوء فإشارة منه إلى قاعدتين :

إحداهما : أن لا اعتبار بالذرائع ، ولا يراعى سدها .

والثانية : أن القصود غير معتبرة في العقود ، والقاعدة المتقدمة أن الشرط المتقدم لا يؤثر ، وإنمـا التأثير للشرط الواقع في صلب العقد .

وهذه القواعد متلازمة ، فمن سد الذرائع اعتبر المقاصد وقال : يؤثر الشـرط متقدمـاً ومقارناً ، ومن لم يسد الذرائع لم يعتبر المقاصد ولا الشروط المتقدمة ، ولا يمكن إبطال واحـدة منها إلا بإبطال جميعها [4].

---

[1] - انظر : تبصرة الحكام لابن فرحون ٣٦٤/٢ (فصل : في القضاء بسد الذرائع) .

[2] - إعلام الموقعين ١٠٨/٣ (الشرط المتقدم والمقارن ، فصل) .

[3] - يقصد به الشرط الذي تم الاتفاق عليه قبل انعقاد العقد ، ولم يذكر في صلب العقد في قوله : "وأما قولـه : ولا يفسد عقد إلا بالعقد نفسه ، ولا يفسد بشيء تقدمه ولا تأخره ، ولا بتوهم ، ولا أمارة عليه " إعلام الموقعـين ١٠٧/٣ (الشرط المتقدم والمقارن) .

[4] - إعلام الموقعين ١٠٨/٣ (الشرط المتقدم والمقارن ، فصل) .

ومما يؤكد هذه العلاقة الوجوه التسعة والتسعون التي أوردها للتدليل على مبدأ سد الذرائع والمنع من فعل ما يؤدي إلى الحرام ، ولو كان جائزاً في نفسه ، وخاصة الوجه السابع والتسعون وقد جاء فيه : " الوجه السابع والتسعون : قال الإمام أحمد : نهى رسول الله ﷺ عن بيع السلاح في الفتنة ، ولا ريب أن هذا سداً لذريعة الإعانة على المعصية ، ويلزم من لم يسد الذرائع أن يجوز هذا البيع كما صرحوا به ، ومن المعلوم أن هذا البيع يتضمن الإعانة على الإثم والعدوان ، وفي معنى هذا كل بيع أو إجارة أو معاوضة تعين على معصية الله ، كبيع السلاح للكفار والبغاة وقطّاع الطريق ، وبيع الرقيق لمن يفسق به أو يؤجره لذلك ، أو إجارة داره أو حانوته أو خانه لمن يقيم فيها سوق المعصية ، وبيع الشمع أو إجارته لمن يعصي الله عليه ، ونحو ذلك مما هو إعانة على ما يبغضه الله ويسخطه ، ومن هذا عصر العنب لمن يتخذه خمراً ، وقد لعنه رسول الله ﷺ هو والمعتصر معاً ، ويلزم من لم يسد الذرائع أن لا يلعن العاصر ، وأن يجوز له أن يعصر العنب لكل أحد ، ويقول : القصد غير معتبر في العقد ، والذرائع غير معتبرة ، ونحن مطالبون في الظواهر ، والله يتولى السرائر ، وقد صرحوا بهذا ، ولا ريب في التنافي بين هذا وبين سنة رسول الله ﷺ "[1].

إذاً ، ثبتت العلاقة والصلة بين مبدأ سد الذرائع وبين مبدأ الاعتداد بالباعث في مذهب المالكية والحنابلة ، ولكن ما الغاية التي يهدفان إليها ؟ وما هي السبيل التي سلكاها للوصول إلى تلك الغاية ؟ .

لا ريب أن هذين المبدأين يهدفان إلى غاية واحدة هي التوسيع من نطاق عدم المشروعية والحرص على المزيد من حماية المجتمع عن طريق إبطال التصرفات التي يُظن أو يغلب على الظن أنها تفضي إلى المفسدة وهذه غاية لم يلتفت إليها نفاة مبدأ سد الذرائع الذين أهملوا الاعتداد بالباعث .

---

(1) – إعلام الموقعين ١٢٤/٣ (الوجه السابع والتسعون ، من الأدلة على المنع من فعل ما يؤدي إلى الحرام) .

إلا أن هذين المبدأين قد سلكا في سبيل الوصول إلى غايتهما المشتركة طريقين ، يلتقيان مرة ويفترقان أخرى ، فبينما يجمع مبدأ سد الذرائع بين المعيار الموضوعي والذاتي (١) ، يستند مبدأ الاعتداد بالباعث على المعيار الذاتي فقط .

وكما ينظر مبدأ سد الذرائع إلى النتائج المترتبة على الفعل ، وهو ما يسمى النظر إلى مآلات الأفعال – وهذا الأصل فيه – ينظر أيضاً إلى البواعث والنيات ، فهو يطبق على الأفعال المباحة التي تؤدي إلى المآل الممنوع ، سواء كان ذلك بقصد من المكلف أم بغير قصد منه ، أي أنه يمنع الفعل المفضي إلى مفسدة ولو كان الباعث عليه مشروعاً ، كذلك يمنع الأفعال التي يقصد منها عادة تحقيق أغراض غير مشروعة .

فهو أعم وأشمل من مبدأ الاعتداد بالباعث (٢) فالثاني مشتق من الأول ، وفي كليهما تقاس

---

(١)- أكد الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله في كتابه " الإمام مالك " أن معيار سد الذرائع موضوعي بقوله : " الأصل في اعتبار سد الذرائع هو النظر في مآلات الأفعال ، وما تنتهي في جملتها إليه ، فإن كانت تتجه نحو المصالح التي هي المقاصد والغايات من معاملات بني الإنسان بعضهم مع بعض كانت مطلوبة ... وإن كانت مآلاتها تتجه نحو المفاسد ، فإنها تكون محرمة ... والنظر في هذه المآلات لا يكون إلى مقصد العامل ونيته ، بل إلى نتيجة العمل وثمرته ، وبحسب النية يثاب الشخص أو يعاقب في الآخرة ، وبحسب النتيجة والثمرة يحسن الفعل في الدنيا أو يقبح ، ويطلب أو يمنع ، لأن الدنيا قامت على مصالح العباد ، وعلى القسطاس والعدل ، وقد يستوجبان النظر إلى النتيجة والثمرة دون النية المحتسبة ، والقصد الحسن " /٣٧٥ .

ويقول أيضا : " إن أصل سد الذرائع لا تعتبر النية فيه على أنها الأمر الجوهري في الإذن والمنع ، وإنما النظر فيه إلى النتائج والثمرات ، فإن كانت نتيجة العمل مصلحة عامة كان واجباً بوجوبها ، وإن كان يؤدي إلى فساد فهو ممنوع بمنعه ، لأن الفساد ممنوع فما يؤدي إليه ممنوع أيضاً ، والمصلحة مطلوبة فما يؤدي إليها مطلوب "/٣٧٧ .

ويستدل على ذلك بقوله تعالى : " ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله ..... " [الأنعام /١٠٨]

ويقول : " فمن سب الأوثان مخلصاً العبادة لله سبحانه وتعالى ، فقد احتسب نيته عند الله في زعمه ، ولكنه سبحانه نهى عن السب إن أثار حنق المشركين ... فهذا النهي كان الأمر الملاحظ فيه هو النتيجة الواقعة لا النية الدينية المحتسبة ، ونرى من هذا أن المنع فيما يؤدي إلى الإثم ، أو إلى الفساد لا يتجه فيه إلى النية المخلصة فقط ، بل إلى النتيجة المثمرة أيضاً ، فيمنع لنتيجته ، وإن كان الله قد علم النية المخلصة " /٣٧٥- ٣٧٦ .

ويأتي أيضاً بمثال آخر ، على العكس من الأول ، لم يمنع كون القصد فيه سيئاً من اعتبار وسيلته صحيحة لأن مآلها حسن وأن العبرة للنتيجة في الحكم على الوسيلة المفضية إليها ، ولا عبرة لما وراءها من قصد خبيث أو طيب ، كمن يرخص في سلعته ليضر بذلك تاجراً ينافسه . فيقول : " إن هذا بلا شك عمل مباح ، وهو ذريعة إلى إثم ، وهو الإضرار بغيره ، وقد قصده ، ومع ذلك لا يحكم على عمله بالبطلان بإطلاق ، ولا يقع تحت التحريم الظاهر الذي ينفذه القضاء " /٣٧٦ .

(٢) – يشمل سد الذرائع : قاعدة الحيل ، وقاعدة الأمور بمقاصدها، ويؤيد الأخذ بالباعث .

الوسيلة من زاوية النتيجة إلا أنه في الأول قياس موضوعي مباشر ونفسي غير مباشر ، أما في الثاني فإنه قياس نفسي غير مباشر يعول فيه على البواعث والدوافع التي حركت إرادة المكلف وجعلته يقدم على إنشاء التصرف .

ثم إن هذا المعيار الذاتي في ظل مبدأ الاعتداد بالباعث هو مظهر متطور من مظاهر مبدأ سد الذرائع ، ولعل هذا التطور قد بلغ غايته عندما اشترط أنصار الأخذ بالباعث علم المتعاقد الآخر به ، كشريطة لإبطال التصرف الذي تلوث به .

وهذا الاشتراط يدعو إلى التوفيق بين احترام مقاصد الشريعة في دفع المفاسد وجلب المصالح من جهة ، وتأمين استقرار التعامل من جهة ثانية .

- **الفرع الخامس : الاحتجاج بسد الذرائع**

إن مبدأ سد الذرائع معمول به بين مختلف الفقهاء ، حتى عند من أخذ بالظاهر و لم ينظر إلى المقاصد ، لكن هؤلاء لم ينصّوا على اعتماد أصل الذرائع كأصل من أصولهم ، بل عملوا به في بعض الفروع .

والمشهور أن الإمام مالك والإمام أحمد رحمهما الله هما اللذان يقولان بسد الذرائع ، وأكثر من العمل به الإمام مالك وتلاه الإمام أحمد .

قال الشاطبي رحمه الله وهو يقرر أن النظر في مآلات الأفعال معتبر ومقصود شرعاً : "وهذا الأصل ينبني عليه قواعد منها ، قاعدة سد الذرائع التي حكّمها مالك في أكثر أبواب الفقه " [1].

وذكر ابن القيم رحمه الله أن سد الذرائع ربع الدين فقال : " وباب سد الذرائع أحد أرباع التكليف ، فإنه أمر ونهي ، والأمر نوعان ، أحدهما : مقصود لنفسه ، والثاني : وسيلة إلى المقصود ، والنهي نوعان ، أحدهما : ما يكون المنهي عنه مفسدة في نفسه ، والثاني : ما يكون وسيلة إلى المفسدة ، فصار سد الذرائع المفضية إلى الحرام أحد أرباع الدين "[2] ، فالقول بسد الذرائع أصل معتمد في الفقه المالكي والحنبلي .

---

[1] - الموافقات ١٩٨/٤ (المسألة العاشرة من كتاب الاجتهاد) .

[2] - إعلام الموقعين ١٢٥/٣ .

أما أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله ، فلم تذكر كتب أصول مذهبهما شيئاً عن سد الذرائع ، فهي لا تتعرض للبحث في هذا الأصل ، ولعل هذا هو سبب اشتهار خصوصية مذهب المالكية والحنابلة بالقول به .

وتذكر كتب المالكية أن أصل الذرائع متفق عليه ، وإنما الخلاف في التسمية ، ومجال التطبيق في الجزئيات ، فالقرافي رحمه الله حين أراد أن ينفي اختصاص مذهبه بأصل الذرائع أكد أن من الذرائع ما أجمعت الأمة على سده ومنعه وحسمه [١].

والشاطبي رحمه الله يثبت القول بسد الذرائع لدى الشافعي وأبي حنيفة رحمهما الله بقوله في الموافقات : " أما الشافعي فالظن به أنه تم له الاستقراء في سد الذرائع على العموم ، ويدل عليه قوله بترك الأضحية إعلاماً بعدم وجوبها ، وليس في ذلك دليل صريح من كتاب أو سنة ، وإنما فيه عمل جملة من الصحابة ، وذلك عند الشافعي ليس بحجة ، لكن عارضه في مسألة بيوع الآجال دليل آخر رجح على غيره فأعمله ، فترك سد الذريعة لأجله ، وإذا تركه لمعارض راجح لم يعد مخالفاً " .

" وأما أبو حنيفة فإن ثبت عنه جواز إعمال الحيل لم يكن من أصله في بيوع الآجال إلا الجواز ، ولا يلزم من ذلك تركه لأصل سد الذرائع ، وهذا واضح ، إلا أنه نقل عنه موافقة مالك في سد الذرائع فيها ، وإن خالفه في بعض التفاصيل وإذا كان كذلك فلا إشكال " [٢].

ويقول الشيخ محمد أبو زهرة رحمه الله : " ونحن نميل إلى أن العلماء جميعاً يأخذون بأصل الذرائع وإن لم يسموه بذلك الاسم "[٣].

وقال الشوكاني ناقلاً عن ابن الرفعة – وهو شافعي [٤]– :" الذريعة ثلاثة أقسام :

١- ما يقطع بتوصيله إلى الحرام ، فهو حرام عندنا وعندهم ، يعني عند الشافعية والمالكية .

---

[١] – الفروق ، للقرافي (الفرق الثامن والخمسون) .

[٢] – الموافقات ، للشاطبي ٣/٣٠٥– ٣٠٦ (فوائد المسألة السادسة من الفصل الرابع في العموم والخصوص) .

[٣] – الإمام مالك ، لأبي زهرة /٤١٦ .

[٤] – اسمه أحمد بن محمد بن العباس بن الرفعة (نجم الدين ، أبو العباس) فقيه ، ولد بمصر ، وتولى حسبة مصر القديمة ، توفي فيها عام (٧١٠هـ) ، كان شافعي زمانه ، وإمام أوانه ، له : الكفاية في شرح التنبيه للشيرازي ، والمطلب في شرح وسيط الغزالي ، وكلاهما في فروع الفقه الشافعي ، طبقات الشافعية للأسنوي ٢٩٦/١ ترجمة رقم (٥٥٦) دار الكتب العلمية ط ١ /١٩٨٧ .

٢- ما يقطع بأنه لا يوصل ، ولكن اختلط بما يوصل ، فكان من الاحتياط سد الباب ، وإلحاق الصورة النادرة التي قطع بأنها لا توصل إلى الحرام بالغالب منها ، الموصل إليه، وهذا غلو في القول بسد الذرائع .

٣- ما يحتمل ويحتمل ، وفيه مراتب ، ويختلف الترجيح عندهم بسبب تفاوتها ، وقال : ونحن نخالفهم في جميعها إلا القسم الأول ، لانضباطه وقيام الدليل عليه" [1].

- تحقيق القول بأن الشافعية ينكرون الأخذ بسد الذرائع :

إن المعنى الخاص لسد الذرائع ، وهو منع الجائز الذي يؤدي إلى فعل محظور ، ومفاد المنع التحريم، والذريعة لغة : هي الوسيلة إلى الشيء ، فسدُّ الذرائع بناء على هذا يعني تحريم الوسائل . ولا فرق بين الاصطلاحين .

ولكن بعض الشافعية فرق بينهما بتقييده للوسيلة المقصودة في قولهم (تحريم الوسائل) بما يستلزم المتوسل إليه ، بمعنى أنها تفضي إلى المتوسل إليه ، بصورة قطعية من غير تخلف ، كبيع الماء فإنه مستلزم عادة لمنع الكلأ الذي هو حرام [2].

والقسم الأول من أقسام الذرائع عند القرافي الذي يقول إنه معتبر بالإجماع ، ينطبق عليه قيد (قطعية إفضاء الوسيلة إلى المتوسل إليه) بناء على مصطلح الشافعية (تحريم الوسائل) ، فإدخال المالكية لهذا القسم في مسمى الذرائع يعني أنهم يسوون في المعنى بين مصطلح (سد الذرائع) و (تحريم الوسائل) وهذه التسوية ، تدفع عنهم تهمة الاختصاص بالأخذ بسد الذرائع ، ومعارضوهم من الشافعية فرقوا بينهما ، كيلا تلزمهم الحجة بأن من الذرائع ما هو معتبر بالإجماع ، بدليل الاتفاق على حرمة حفر الآبار في طرق المسلمين ، وإلقاء السُّم في أطعمتهم ، وسب أصنام المشركين ، وبمقتضى هذا التفريق أخرجوا هذه الصور وأمثالها عن مسمى الذرائع ، وأطلقوا عليها اسم الوسائل ، فالمنع منها في رأيهم تحريم للوسائل لا سد للذرائع ، لأنها مستلزمة للمتوسل إليه ، واتهموا بناء على ذلك أنصار الذرائع بأنهم أطلقوا القاعدة على أعم منها [3].

---

[1] - إرشاد الفحول ، للشوكاني ٢/٧٠٦ .

[2] - البحر المحيط ، للزركشي ٦/٨٥ .

[3] - سد الذرائع ، للبرهاني /٩٥-٩٦ .

وقــد حقق القول في هذا العطار رحمه الله في حاشيته على شرح المحلي لجمع الجوامــع قال : " وأما قاعدة سد الذرائع فقد اشتهرت عند المالكية ، وزعم القرافي أن كل أحد يقول بهـا ولا خصوصية للمالكية إلا من حيث زيادتهم فيها ، قال : فإن من الذرائع ما يعتبر إجماعاً كحفـر الآبار في طريق المسلمين ،وإلقاء السُّم في طعامهم ، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنـه يسب الله عند سبها ، وتلغى إجماعاً كزراعة العنب ، فإنها لا تمنع خشية الخمر ، وما يختلف فيها كبيوع الآجال . قال المصنف -أي ابن السبكي - وقد أطلق هذه القاعدة على أعم منــها ، ثم زعم أن كل أحد يقول ببعضها ، وسنوضح لك أن الشافعي لا يقول بشيء منها ، وأن مـــا ذكر أن الأمة أجمعت عليه ليس من مسمى سد الذرائع في شيء ، نعم حاول ابن الرفعة تخريـج قول الشافعي رضي الله عنه في باب إحياء الموات من " الأم " عند النهي عن منع الماء ليمنع به الكلأ ، أن ما كان ذريعة إلى منع ما أحل الله لم يحل ، وكذا ما كان ذريعة إلى إحلال ما حـرم الله [1].

فقال : في هذا ما يثبت أن الذرائع إلى الحرام والحلال تشبه معاني الحــلال والحــرام ، ونازعه الشيخ الإمام الوالد - أي تقي الدين السبكي - وقال : إنما أراد الشافعي رحمه الله تحـريم الوسائل لا سد الذرائع ، والوسائل تستلزم المتوسل إليه ، ومن هذا منع الماء فإنه يستلزم منـــع الكلأ الذي هو حرام ، ونحن لا ننازع فيما يستلزم من الوسائل ، ولذلك نقول : من حبـــس شخصاً ومنعه من الطعام والشراب فهو قاتل له ، وما هذا من سد الذرائع في شــيء ، قــال الشيخ الإمام - أي تقي الدين السبكي - وكلام الشافعي في نفس الذرائـــع لا في ســدها ، وأصل النــزاع بيننا وبين المالكية إنما هو في سدها " [2].

بهذا يتبين أن الشافعية ينكرون الأخذ بسد الذرائع كأصل من أصولهم ، ثــابتين علــى مبدئهم ، ومسلكهم في عدم أخذ الناس بالتهم ، وإفساد تصرفاتهم بالظن ، وإنمـــا يحكمـون بظواهر الأمور ، ويتركون السرائر إلى الله تعالى . وهذا ما سأفصله في بسط أقوال وحجـــج الشافعي في مطلب قادم .

---

(١) - انظر : الأم للشافعي ٥١/٤ (تشديد أن لا يحمى أحد على أحد) .

(٢) - حاشية الشيخ حسن العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع ٣٩٩/٢ ط / المكتبة التجارية الكبرى .

المطلب الثاني : علاقة الباعث بقاعدة الحيل

ومما يناقض سد الذرائع مناقضة تامة " الحيل " فعلى حين يسعى المجتهد في إعمال سد الذرائع إلى حسم وسائل الفساد بمنع الجائز إذا كان وسيلة إلى محرم ، إذا بالمتحيل يتخذ لنفسه الوسائل الممكنة للوصول إلى المحرم ، لهذا فإن من يأخذ بسد الذرائع يكون أشد الناس إنكاراً على الحيل والعمل بها ، وهم المالكية والحنابلة .

● **الفرع الأول : تعريف الحيل**

الحِيَل لغة : جمع حِيلة وهي الحِذْق وجودة النظر والقدرة على دقة التصرف [1] ، وهو تقليب الفكر حتى يهتدي إلى المقصود ، وأصلها الياء واو [2]، وأكثر استعمالها فيما في تعاطيه خبث ، وقد تستعمل فيما فيه حكمة [3].

الحيل اصطلاحاً : يستعمل الفقهاء الحيلة بمعنى أخص من معناها اللغوي .

يقول ابن القيم رحمه الله : " الحيلة سلوك الطرق الخفية للتوصل إلى الغرض الممنوع منه شرعاً أو عقلاً أو عادة ، فهذا هو الغالب عليها في عرف الناس " [5].

ويعرفها الشاطبي رحمه الله فيقول : " إن حقيقتها المشهورة تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر [6] إلى حكم آخر ، فمآل العمل فيها خرم [7] قواعد الشريعة في الواقع ، كالواهب ماله عند رأس الحول فراراً من الزكاة "[8].

---

(1) - لسان العرب ، القاموس المحيط مادة (حول) .

(2) - المصباح المنير مادة (حول)

(3) - المفردات في غريب القرآن للأصفهاني /١٣٨ .

(5) - إعلام الموقعين ١٨٢/٣ بتصرف (اشتقاق الحيلة وبيان معناها .

(6) - أي لا في حقيقة الأمر .

(7) - أي هدم

(8) - الموافقات ٢٠١/٤ (قاعدة الحيل)

فالهبة قد ندب الشرع إليها لتطهير النفس من الشح ، وتوثيق روابط المودة ، ولو منع الزكاة من غير هبة لكان ممنوعاً ، لحرمان الفقراء من حقهم ، فإن كل واحد منهما - الهبة والزكاة - ظاهر أمره في المصلحة أو المفسدة ، فإذا جمع بينهما على هذا القصد صار مآل الهبة المنع من أداء الزكاة ، وهو مفسدة ، ولكن بشرط القصد إلى إبطال الأحكام ، أي وجود باعث غير مشروع يراد به تحقيق مقاصد أخرى غير التي شرعت من أجلها الزكاة .

ومن هذا التعريف يمكن استخلاص العناصر الآتية التي بها قوام التحيل :

١- التحيل لا يتحقق إلا إذا اتخذ المتحيِّلُ فعلاً ظاهر المشروعية ، لتحقيق غرض أو مقصد غير المقصد الذي توخاه الشارع من أصل مشروعية ذلك الفعل المتَّخذ ، وغالباً ما يكون قصد المتحيل والباعث الذي حمله على الفعل غير مشروع ، لأنه يستهدف غرضاً محرماً ، أما إذا اتخذ المتحيل فعلاً غير مشروع أصلاً لتحقيق غرض غير مشروع فهذا ليس من التحيل ، بل هو من باب مخالفة أحكام الشارع ظاهراً وباطناً .

٢- إن إعمال قاعدة الحيل إنما هو إعمال لقاعدة النظر في المآل عينها ، والحكم فيها متحد، إذ الأولى فرع عن الثانية ، ولا يخالف الفرع أصله في حكمه ، وإلا ما كان ليصح التفريع .

٣- إن التحيل المنهي عنه هو ما هدم أصلاً شرعياً وناقض مصلحة شرعية ، أما إذا كانت الحيلة خلاف ذلك ، فهي غير داخلة في النهي ، ولا هي باطلة [1].

فالتحيُّل ، وقوامه القصد والباعث غير المشروع ، الذي يستهدف هدم مقاصد الشريعة بالتوسل بفعل مشروع في الأصل لتحقيق غرض غير مشروع محرم قطعاً ، وهذا محل اتفاق الفقهاء والأصوليين ، غير أنهم اختلفوا في مدى تأثير هذا الباعث غير المشروع على إبطال التصرف قضاء كما سبق .

ومما قاله الشاطبي رحمه الله تأكيداً على أن التحيُّل الذي قوامه " باعث غير مشروع " باطل ومحرم ، ما نصه : " لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد ، كانت الأعمال معتبرة بذلك ، لأنه مقصود الشارع فيها كما تبين ، فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال [2]، وإن كان الظاهر موافقاً والمصلحة مخالفة ، فالفعل غير صحيح وغير

---

(١) - الموافقات ٣٨٧/٢ (المسألة الثانية عشرة من مقاصد المكلف) .

(٢) - أي أن التصرف مستكمل أركانه وشرائطه ، وأن القصد مطابق لقصد الله في التشريع .

مشروع ، لأن الأعمـــال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها ، وإنما قُصِد بها أمور أخـــرى هـــي معانيها ، وهي المصالح التي شرعت لأجلها ، فالذي عمل من ذلك على غير هـــذا الوضـــع فليس على وضع المشروعات " [١].

- **الفرع الثاني : تقسيم الحيل**

قسم الشاطبي رحمه الله الحيل إلى ثلاثة أقسام :

١- الحيل المشروعة : هي الحيل التي تتخذ للتخلص من المآثم للتوصل إلى الحـــلال أو إلى الحقوق أو إلى دفع باطل ، وهي الحيل التي لا تهدم أصلاً مشروعاً ولا تناقض مصلحـــة شرعية ، كالنطق بكلمة الكفر إكراهاً عليها وهذه لا خلاف في جوازها .

٢- الحيل المحرمة : وهي الحيل التي تتخذ وسيلة للتوصل بهـــا إلى محـــرم ، أو إلى إبطـــال الحقوق ، وهي الحيل التي تهدم أصلاً مشروعاً ، أو تناقض مصلحة شـــرعية ، كحيـــل المنافقين والمرائين ، وهذا ما لا خلاف في بطلانه .

٣- وهناك نوع ثالث من الحيل وهو محل الإشكال والغموض ، وفيه اضطربـــت أنظـــار النظار ، من جهة أنه لم يتبين فيه بدليل واضح قطعي لحاقه بالقسم الأول أو الثـــاني ، ولا تبين فيه للشارع مقصد يتفق على أنه مقصود له ، ولا ظهر أنه على خلاف المصلحـــة التي وضعت لها الشريعة بحسب المسألة المفروضة فيه ، فصار هذا القسم من هذا الوجـــه متنازعاً فيه ، شهادة من المتنازعين بأنه غير مخالف للمصلحة فالتحيل جائز ، أو مخـــالف فالتحيل ممنوع [٢].

وقسم ابن القيم رحمه الله الحيل المحرمة إلى أربعة أقسام وهي :

١- أن تكون الحيلة محرمة ويقصد بها محرم ، كالتحيل بالردة على فسخ النكاح [٣] فهي كفـــر فالوسيلة حرام ، والمقصد حرام أيضاً .

---

(١) - الموافقات ٣٨٥/٢ (المسألة الثانية عشرة من مقاصد المكلف) .

(٢) - الموافقات ٣٨٧/٢- ٣٨٨ .

(٣) - قد رد ابن القيم هذه الحيلة وبيّن فسادها فقال :" لا تتأتى إلا على قول من يقول بتعديل الفسخ بالردة فأما من وقفـــه على انقضاء العدة فإنما لا يتم لها غرضها حتى تنقضي عدتها ، فإنها متى علم بردتها قتلت إلا على قول من يقول لا تقتـــل المرتدة ، بل يحبسها حتى تسلم أو تموت" ، إعلام الموقعين ١٨٣/٣ (انقسام الحيلة إلى الأحكام الخمسة وأمثلتها) .

٢- أن تكون مباحة في نفسها ، ويقصد بها المحرم ، فتصير حراماً تحريم الوسائل ، كالسفر لقطع الطريق ، وقتل النفس المعصومة .

٣- أن تكون الحيلة غير موضوعة للإفضاء إلى المحرم ، وإنما وضعت مفضية إلى المشروع ، كالإقرار والبيع والهبة ونحو ذلك ، فيتخذها المتحيل سلماً وطريقاً إلى الحرام ، ومعترك الكلام في هذا الباب .

٤- أن يقصد بالحيلة أخذ حق أو دفع باطل ، وهذا القسم ينقسم إلى ثلاثة أقسام :

آ - أن يكون الطريق محرماً في نفسه وإن كان المقصود به حقاً ، مثل أن يكون له على رجل حق فيجحده ولا بينة له فيقيم صاحب الحق شاهدي زور يشهدان بالحق وهما لا يعلمان ثبوت هذا الحق .

ب - أن تكون الطريق مشروعة ، وما تفضي إليه مشروعاً ، وهذه هي الأسباب التي نصبها الشارع مفضية إلى مسبباتها كالبيع والإجارة والمساقاة .. ويدخل في هذا القسم التحيل على جلب المنافع ودفع المضار ، ثم قال ابن القيم رحمه الله : " وليس كلامنا ، ولا كلام السلف متناولاً لهذا القسم " .

ج - أن يحتال على التوصل إلى الحق ، أو على دفع الظلم بطريق مباحة ، لم توضع موصلة إلى ذلك بل وضعت لغيره ، فيتخذها طريقاً إلى هذا المقصود الصحيح ، أو قد يكون قد وضعت له لكن تكون خفية ولا يفطن لها [١].

والفرق بين هذا القسم والذي قبله أن الطريق في الذي قبله نُصبَتْ مفضية إلى مقصودها ظاهراً ، فسالكها سالك للطريق المعهود ، والطريق في هذا القسم نصبت مفضية إلى غيره فيتوصل بها إلى ما لم توضع له ، فهي في الفعال كالتعريض الجائز في المقال ، أو تكون مفضية إليه لكن بخفاء .

ثم ذكر ابن القيم رحمه الله أمثلة لهذا القسم الأخير ، بلغ عددها مئة وستة عشر مثالاً ، كلها أو جلها مما يوجد في حيل أبي حنيفة وأصحابه ، أو حيل الشافعية ، وما أقره الحنابلة أو المالكية منها [٢].

---

(١) - إعلام الموقعين ٣/٢٦٤- ٢٤٧ (الحيل المحرمة على ثلاثة أنواع) .

(٢) - الحيل الفقهية في المعاملات المالية ، محمد بن إبراهيم /٦٢ ، الدار العربية للكتاب /١٩٨٣ .

وقفة مع ابن القيم رحمه الله :

اتفق ابن القيم مع من ينكر الحيل - كالشاطبي - في معنى الحيلة وأنه تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي ، وأن العمل بالحيل مناقض لسد الذرائع ، وأن المحتال يفتح الطرق إلى المفاسد بحيله .

إلا أنه أتى بصور من التحيل لا تندرج في المفهوم المشهور للحيلة فقال في القسم الرابع : " أن يقصد بالحيلة أخذ حق أو دفع باطل " . فهو يُدخل هذا النوع في باب الحيل المحرمة ، التي تهدم قواعد الشريعة ! .

لكن في هذا النوع لا تؤول الحيلة إلى ذلك ، بل إلى الظفر بالحق وأداء الواجب ، وهما مقصد للشارع ، فكان قصد المتحيل في هذا القسم موافقاً لقصد الشارع ، إلا أن الوسيلة غير مشروعة ، لأنه عَدَل إليها ضرورة تحصيل حقه ، إذ الوسائل المشروعة عجزت عن تحقيق ذلك .

إلا أنه يرى أن حكم هذا النوع من الحيل يأثم صاحبه من حيث الوسيلة دون القصد وأطلق عليه " مسألة الظفر بجنس الحق "[1].

ثم قال عُقِبَ القسم الثاني منها - أي الفقرة ب من القسم الرابع - وهو ما كان بطريق مشروعة ، وما يفضي إليها مشروع : " ليس كلامنا ولا كلام السلف متناولاً لهذا القسم " فقد أدرج هذا القسم في الحيل المحرمة مع أن الوسيلة مشروعة ، والمآل مشروع ، فكيف يستقيم ذلك ؟!

- **الفرع الثالث : أقوال العلماء في الحيل**

لم تظهر الحيل الفقهية في عهد الرسول ﷺ ، ولم تقر بوجه من الوجوه في عهد أصحابه ، الذين أجمعوا على بطلان ما ظهر منها وهو قليل ، وربما كان عن تأول ومن غير سوء قصد .

فهذا عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول : " لا أوتى بمحلِّل ومحلَّل له إلا رجمتهما[2]".وأقره سائر الصحابة على ذلك ، وأفتى عثمان وعلي وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم أجمعين : أن المرأة لا تحل بنكاح التحليل [3] ، ونهى غير واحد منهم كابن مسعود وعبد

---

(1) - إعلام الموقعين ٣/٢٤٦ .

(2) - سبق تخريجه أنظر : ص / ١٨٦ .

(3) - إعلام الموقعين ٣/١٣٥ (مما يدل على تحريم الحيل) انظر : المغني ١٠/٥٠ مسألة رقم (١١٧٨) .

الله بن سلام وابن عمر وابن عباس ، رضي الله عنهم المقرضَ عن قبول هدية المقترض وجعلوا قبولها ربا ، ونهت السيدة عائشة وابن عباس وأنس بن مالك رضي الله عنهم ، عن مسألة العِينة وغلظوا فيها ، وأفتى عمر وعثمان وعلي وأبي بن كعب رضي الله عنهم ، أن المبتوتة في مرض الموت ترث ، معاملة للزوج بنقيض قصده ، ووافقهم سائر الصحابة من أهل بدر ومن عداهم [1].

وكذلك الشأن في عهد التابعين ، فالفقهاء السبعة [2] وغيرهم من فقهاء المدينة متفقون على إبطال الحيل [3] .

ومن أئمة الحديث الذين أنكروا الحيل إنكاراً شديداً الإمام البخاري رحمه الله ، فقد وضع في جامعه الصحيح باباً في الحيل أسماه : " باب في ترك الحيل " الأمر الذي يدل على وجوب تركها وبطلانها ، كما دلت عليه الترجمة ، وفقه البخاري - كما قال الفقهاء المحدثون - في تراجمه ، وصدَّره بحديث : " إنما الأعمال بالنيات " مستدلاً على إبطالها .

أما في المذاهب الفقهية ، فيذكر ابن حجر رحمه الله أن القول بها قد اشتهر عن الحنفية ، لكون أبي يوسف رحمه الله صنف بها كتاباً ، لكن المعروف عنه ، وعن كثير من أئمتهم تقييد إعمالها بقصد الحق[4].

وقد ادعي على أبي حنيفة رحمه الله أنه ألف كتاباً في الحيل لما اشتهر به من شدة ذكاء وجودة رأي في استنباط الأحكام ، ولكن هذا الادعاء لم تثبت صحته ، وإن أُثِرَ عنه روايات فيها [5] .

---

(1) - إعلام الموقعين ١٣٥/٣ انظر المغني ١٩٤/٩- ١٩٥ .

(2) - وهم : عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود (٩٨هـ) ، وعروة بن الزبير بن العوام (٩٤هـ) ، والقاسم بن محمد بن أبي بكر (١٠١هـ) وسعيد بن المسيب (٩٤هـ) ، وسليمان بن يسار (١٠٧هـ) وخارجة بن زيد بن ثابت الأنصاري (٩٩هـ) وأبو بكر بن عبد الرحمن بن هشام بن المغيرة (٩٤هـ) .

(3) - إعلام الموقعين ١٣٦/٣ .

(4) - فتح الباري ، لابن حجر ٣٤٢/١٢ (كتاب الحيل) .

(5) - مما أثر عن الإمام أبي حنيفة ، أنه أتاه أخوان قد تزوجا أختين ، فزفت كل امرأة منهما إلى زوج أختها ، فدخل بها ولم يعلم ، ثم عَلِما الحالة لما أصبحا ، فذكرا له ذلك ، وسألاه المخرجَ، فقال لهما : كلٌّ منكما راض بالتي دخل بها ؟

أما تلميذه محمد بن الحسن رحمه الله فقد نُسب إليه كتاب في الحيل ، ولكن نسبة هذا الكتاب إليه قد أثير حولها الشك منذ العصر الأول [(١)] ، كما ألف في الحيل أيضاً الخصّاف [(٢)] رحمه الله .

ولكن يجب أن ينصف الحنفية الذين وجدت عندهم حيل أقروا كثيراً منها ، وألا يظلموا بنسبتها إليهم مطلقاً فقد قال أكثر من وضعها منهم بالتفريق بين ما يجوز عندهم وما لا يجوز [(٣)].

وفي هذا يقول السرخسي رحمه الله : " إن ما يتخلص به الرجل من الحرام ، أو يتوصل به إلى الحلال من الحيل فهو حسن ، وإنما يكره أن يحتال في حق الرجل حتى يبطله ، أو في باطل حتى يموهه ، أو في حق حتى يدخل فيه شبهة ، فما كان على هذا السبيل فهو مكروه " [(٤)].

ولم ينفرد الحنفية من بين المذاهب بالقول بالحيل ، بل شاركهم القول بها الشافعية أيضاً : فقد أجازوا التحيل على إسقاط الشفعة ، وقالوا بجواز التحيل على بيع المعدوم من الثمار ، فضلاً عن بيع مالم يبدُ صلاحه ، وأجازوا مسألة العِينة وهي ملكة أبواب الحيل [(٥)].

= فقالا: نعم فقال : ليطلق كلٌّ منكما امرأته التي عُقد عليها تطليقة ، ففعلا فقال : ليعقد كل منكما على المرأة التي دُخل بها ففعلا، فقال : ليمضِ كل منكما إلى أهله . الإمام أبو حنيفة للشيخ محمد أبي زهرة /٤٣١ .

قال ابن القيم رحمه الله : وهذه الحيلة في غاية اللطف ، فإن المرأة التي دخل بها كل منهما قد وطئها بشبهة ، فله أن ينكحها في عدتها ، فإنه لا يصان ماؤه عن مائه ، وأمره أن يطلق واحدة ، فإنه لم يدخل بالتي طلقها ، فالواحدة تبينها ، ولا عدة عليها منه ، فللآخر أن يتزوجها .إعلام الموقعين ٢٨٠/٣ .

(١) – ذكر ذلك السرخسي (٤٣٨ هـ) فقال : " اختلف الناس في كتاب الحيل أنه من تصنيف محمد رحمه الله أم لا ، كان أبو سليمان الجوزجاني (٢٠٠ هـ) وهو تلميذه ، ينكر ذلك ويقول : من قال إن محمداً رحمه الله صنف كتاباً سماه الحيل فلا تصدقه وما في أيدي الناس فإنما جمعه وراقو بغداد ، وقال : إن الجهّال ينسبون علماءنا رحمهم الله إلى ذلك على سبيل التعيير فكيف يظن بمحمد رحمه الله أنه سمى شيئاً من تصانيفه بهذا الاسم ليكون ذلك عوناً للجهال على ما يتقولون " المبسوط ٢٠٩/٣٠ (كتاب الحيل).

(٢) – من أئمة الحنفية هو أحمد بن عمر الشيباني ، أبو بكر ، كان عالماً بالفروض والحساب والفقه ، وله عدد من التصانيف توفي عام (٢٦١هـ) . الطبقات السنية في تراجم الحنفية ، لتقي الدين التميمي ٤١٨/١ ترجمة رقم (٢٧٢) ، دار الرفاعي ط١٩٨٣/١ الرياض ، وكتابه" الحيل "أو" المخارج والحيل" مطبوع بمصر عام ١٣١٦ هـ .

(٣) – الحيل في المعاملات المالية لمحمد بن إبراهيم /٩٦ .

(٤) – المبسوط ، للسرخسي ٢١٠/٣٠ (كتاب الحيل) .

(٥) – انظر : المنثور في القواعد للزركشي ٩٣/٢ وما بعدها .

وقد ألف القزويني الشافعي [1] كتاباً في الحيل أسماه : " الحيل في الفقه " .

أما المالكية الذين يقولون بسد الذرائع ، ويمنعون جميع الوسائل المؤدية إلى الممنوع بوجه عام ، ولو لم يقصد العاقدان أو أحدهما التوصل بها إلى المحظور ، يقولون بتحريم الحيل لوجود القصد الفاسد منهما أو من أحدهما ، تلك الحيل التي تم ضبطها بأنها تهدم أصلاً شرعياً أو تناقض مصلحة شرعية من إحلال حرام أو تحريم حلال أو إسقاط واجب ، فإن لم تهدم الحيلة أصلاً شرعياً و لم تناقض مصلحة شهد الشارع باعتبارها ، فهي جائزة ، كالنطق بكلمة الكفر ، إكراهاً عليها لإحراز الدم من غير اعتقاد لمقتضاها [2]، فهم لا يقولون بالحيل إلا نادراً وعلى وجه التفقه تبعاً لأصلهم [3].

وكذلك الحنابلة يمنعون الحيل ويحرمونها ، وقالوا بمناقضتها لسد الذرائع ، وممن صرح بذلك ابن تيمية [4] رحمه الله ، وتلميذه ابن القيم في كتابه إعلام الموقعين [5].

إلا أنه ينبغي ألا يحمل كلام الذين صرحوا بمناقضة الحيل لسد الذرائع إلا على الحيل المحرمة بدليل أنهم أباحوها في وجوه كثيرة وسموها مخارج ، كما فعل ابن القيم رحمه الله .

وغاية القول : إن القائلين بالحيل والمفتون بها لم يقولوا بها اعتباطاً ، أو بدون دليل لهم في اعتمادها على أصول وأدلة من الكتاب والسنة ، أو القواعد الفقهية المخرجة على أصول بعض المذاهب ، فهم استخدموا قواعد التشريع استخداماً خاصاً بهم ، فأدى بهم ذلك إلى إباحة بعض الحيل للخروج من المضائق والنوازل والقضايا ، أو تصحيحها مع حرمتها ديانة ، ولو طلب من بعضهم فعلها ما فعلها ، نظراً لما اشتهر به من تحرج وتقوى .

---

[1] – هو محمود بن الحسن القزويني الشافعي ، أبو حاتم ، فقيه أصولي ، تفقه ببغداد ودرّس وأملى وحدث ، توفي بآمُل واختلف في سنة وفاته قبل سنة (٤٤٠هـ) وقال ابن الصلاح : سنة (٤٦٠هـ) من تصانيفه الكثيرة : كتاب الحيل في الفقه ، وتجريد التجريد / انظر: طبقات الفقهاء الشافعية ، لابن الصلاح ٦٧١/٢ ترجمة رقم (٢٥٩) دار البشائر الإسلامية ط١٤١٣/١ ، وطبقات الفقهاء للشيرازي /١٣٠ دار الرائد العربي ط /١٩٧٠ بيروت . وكتابه الحيل في الفقه مطبوع طبعة حجرية بمصر سنة ١٩٢٤ نشر : يوسف شخت .

[2] – انظر هذا البحث بالتفصيل : في الموافقات للشاطبي من ٣٧٨/٢– ٣٩١ .

[3] – الحيل الفقهية في المعاملات المالية ، لمحمد بن إبراهيم /١٩٨ .

[4] – له كتاب في بطلان نكاح التحليل أسماه " بيان الدليل على بطلان التحليل " أورد فيه جميع قواعد الحيل ، وبين بطلانها . حققه حمدي عبد المجيد السلفي ط/ المكتب الإسلامي .

[5] – تكلم فيه عن الحيل وأفاض فيها ، وأورد العديد من الأمثلة انظرها في الجزأين الثالث والرابع .

فالإمام الشافعي رحمه الله وإن كان يجري العقود على ظاهرها ، دون اعتبار لنية العاقد وقصده وباعثه ، لا يظن به أنه يأمر الناس بالخداع والمكر .

وقد ذكر ابن حجر رحمه الله أن الإمام الشافعي نص على كراهة تعاطي الحيل في تفويت الحقوق فقال بعض أصحابه : هي كراهة تنـزيه ، وقال كثير من محققيهم كالغزالي : هي كراهة تحريم ويأثم بقصده [1].

كما أنه – أي الإمام الشافعي – يحرم مسألة مُدِّ عجوة ودرهم بمدّين أو درهمين ويبالغ في تحريمها بكل طريق خوفاً أن يتخذ حيلة على نوع ما من ربا الفضل [2].

ثم إن كل من يهاجم الحيل ويأتي بالأدلة على منعها يضع نصب عينيه الحيل بالمعنى المذموم ،دون التمييز بين ما هو شرعي متفق عليه وبين ما هو حرام ، والحقيقة ليست كل الحيل ممنوعة ، بل الضابط في ذلك أنها كل ما يؤدي إلى هدم أصل من أصول الدين .

• **الفرع الرابع : الأدلة على بطلان التَّحَيُّل**

أولاً : من القرآن الكريم

آ- قوله تعالى : ((**وَمِنَ النَّاسِ مَن يَقُولُ آمَنَّا بِاللهِ وَبِالْيَوْمِ الآخِرِ وَمَا هُم بِمُؤْمِنِينَ * يُخَادِعُونَ اللهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّا أَنفُسَهُم وَمَا يَشْعُرُونَ**)) [البقرة /٨-٩] ، وقوله : ((**إِنَّ الْمُنَافِقِينَ يُخَادِعُونَ اللهَ وَهُوَ خَادِعُهُم ...**)) [النساء /١٤٢] .

وجه الاستدلال : أن المخادعة هي الاحتيال والمراوغة بإظهار أمر جائز ليتوصل به إلى أمر محرم يبطنه ، ولما كان القائل لكلمة "آمنت " مظهراً لها غير مريد حقيقتها المطلوبة شرعاً ، بل مريداً لحكمها وثمرتها فقط مخادعاً ، كان المتكلم بلفظ " بعت " و " اشتريت " و " طلقت " و " نكحت " و "أوصيت " غير مريد لحقائقها الشرعية المطلوبة منها شرعاً ، بل مريداً لأمور أخرى غير ما شرعت له أو ضد ما شرعت له مخادعاً أيضاً ، الأول مخادع في أصل الإيمان ، والثاني مخادع في أعماله وشرائطه .

---

[1] – فتح الباري ٣٤٤/١٢ (كتاب الحيل) .

[2] – انظر : مغني المحتاج ٣٧٤/١ وما بعدها (كتاب البيع باب الربا) .

فالمحلل والمرابي يظهران النكاح والبيع المقصودين ، ومقصود الأول الطلاق بعد نكاح المرأة ، ومقصود الآخر ما تواطآ عليه قبل إظهار العقد ، من بيع الألف الحالّة بالألف والمئتين إلى أجل ، ومخالفة ما يدل عليه العقد شرعاً أو عرفاً خديعة واستهزاء بآيات الله تعالى ، واتخاذها هزواً [1].

ب - قوله تعالى في ذم اليهود على تحايلهم على الحرام : ((**وَلَقَد عَلِمْتُمُ الَّذِينَ اعتَدَوا مِنكُمْ فِي السَّبْتِ فَقُلْنَا لَهُم كُونُوا قِرَدَةً خَاسِئِينَ**))[البقرة /٦٥] .

وجه الاستدلال : أخبر الله تعالى عن أهل السبت من اليهود بمسخهم قردة ، لما احتالوا على إباحة ما حرّمه عليهم من الصيد يوم السبت ، فكان بعضهم يحفر الحفيرة ، ويجعل لها نهراً إلى البحر فإذا كان يوم السبت فتح النهر فأقبل الموج بالحيتان يضربها حتى يلقيها في الحفيرة ، فإذا كان يوم الأحد جاؤوا فأخذوا ما تجمع في الحفيرة من حيتان ، فالظاهر أنهم لم يباشروا صيداً يوم السبت ، ولكن واقع الأمر أنهم قد اصطادوا فيه بفتح النهر ، أو رمي الشباك قبل يوم ، فلعنوا لذلك ، وكان عملهم اعتداء ، فالعبرة إذاً لمقاصد الأمور لا لظواهرها .

قال ابن القيم رحمه الله : " إنما هو استحلال تأويل واحتيال ، ظاهره ظاهر الاتّقاء ، وباطنه باطن الاعتداء ، ولهذا - والله أعلم - مسخوا قردة ، لأن صورة القرد فيها شَبه من صورة الإنسان ، وفي بعض ما يذكر من أوصافه شبه منه ، وهو مخالف له في الحد والحقيقة ، فلما مسخ أولئك المعتدون دينَ الله تعالى ، بحيث لم يتمسكوا إلا بما يشبه الدين في بعض ظاهره دون حقيقته ، مسخهم الله تعالى قردة ، يشبهونهم في بعض ظواهرهم دون الحقيقة ، جزاء وفاقاً" [2].

ج - قال تعالى في سورة "ن": ((**إِنَّا بَلَوناهُم كَمَا بَلَونَا أَصْحَابَ الجَنَّةِ إِذْ أَقْسَمُوا لَيَصْرِمُنَّهَا مُصْبِحِينَ * وَلَا يَسْتَثْنُونَ * فَطَافَ عَلَيهَا طَائِفٌ مِّنْ رَّبِّكَ وَهُم نَائِمُونَ * فَأَصْبَحَتْ كَالصَّرِيمِ * فَتَنَادَوا مُصْبِحِينَ * أَنِ اغدُوا عَلَى حَرْثِكُمْ إِن كُنتُم صَارِمِينَ * فَانطَلَقُوا وَهُم يَتَخَافَتُونَ * أَن لَّا يَدْخُلَنَّهَا اليَوْمَ عَلَيكُم مِّسْكِينٌ * وَغَدَوا عَلَى حَرْدٍ قَادِرِينَ * فَلَمَّا رَأَوْهَا قَالُوا إِنَّا لَضَالُّونَ *... كَذَلِكَ العَذَابُ وَلَعَذَابُ الآخِرَةِ أَكْبَرُ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ**)) [القلم /١٦-٣٣] .

---

(١) - إعلام الموقعين ، ابن القيم ١٢٦/٣ (فصل : تجويز الحيل يناقض سد الذريعة) .

(٢) - أعلام الموقعين ١٢٧/٣ (دليل تحريم الحيل) ، وانظر : تفسير ابن كثير ١٠٥/١ ط البابي الحلبي .

وجه الاستدلال : أن أصحاب الجنة الذين كان للمساكين حق في أموالهم ، لما تحيّلوا على إسقاط نصيب المساكين بقطع الثمر في الصباح الباكر قبل مجيء المساكين ، وعزموا على حرمانهم مع كونهم قادرين على نفعهم وهم يظنون أنهم تمكنوا من مرادهم ، عاقبهم الله بنقيض قصدهم بأن أرسل على جنتهم بلاء وآفة من السماء وهم نائمون ، فصارت كالرماد الأسود ، فكان في ذلك عبرة لكل محتال على إسقاط حق من حقوق الله تعالى أو حقوق عباده .

والآيات دليل على أن العزم على الفعل مما يؤاخذ به الإنسان ، لأنهم عزموا على أن يفعلوا فعوقبوا قبل فعلهم [1] ، فكيف بمن فعل حقا ؟ .

وفي قوله تعالى : ((**كَذَٰلِكَ الْعَذَابُ وَلَعَذَابُ الْآخِرَةِ أَكْبَرُ لَوْ كَانُوا يَعْلَمُونَ**)) دليل على أن العقاب على النوايا والمقاصد - والعزم مرتبة من مراتب القصد - ليس عقاباً أخروياً فقط ، وإنما هو عقاب دنيوي أيضاً ، وهنا كان العقاب حرمانهم من ثمارهم معاملة لهم بنقيض قصدهم .

ثانيا : من السنة النبوية الشريفة :

آ- قوله عليه الصلاة والسلام : " إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى " [2].

وجه الاستدلال : هذا الحديث أصل في إبطال الحيل ، ويدل على أن الأعمال تابعة لمقاصدها ونياتها ، وأنه ليس للعبد من ظاهر قوله وعمله إلا ما نواه وأبطنه لا ما أعلنه وأظهره، وهذا نص في أن من نوى التحليل كان محللاً ، ومن نوى الربا بعقد البيع كان مرابياً ، ومن نوى المكر والخداع كان ماكراً مخادعاً ، ويكفي هذا الحديث وحده في إبطال الحيل ، وقد استدل به الإمام البخاري رحمه الله على اعتبار القصود والنيات في المعاملات ، إضافة إلى العبادات [3]. وكذلك الحافظ ابن رجب قال : " وقد استدل بقوله صلى الله عليه وسلم"الأعمال بالنيات" على أن العقود التي يقصد بها في الباطن التوصل إلى ما هو محرم غير صحيحة كعقود البيوع التي يقصد بها معنى الربا ونحوها " [4].

---

[1] - الجامع لأحكام القرآن ، للقرطبي ٢٤١/١٨ .

[2] - سبق تخريجه ، انظر ص /١٦ .

[3] - فتح الباري ، لابن حجر ٣٤٣/١٢ (كتاب الحيل) .

[4] - جامع العلوم والحكم ٩١/١ .

ب - ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال : " لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود ، فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل " [1].

وجه الاستدلال : فقد حذر النبي ﷺ من ارتكاب الحيل كما فعلته بنو إسرائيل . ومعنى أدنى الحيل ، أي أسهلها وأقربها ، كما في المطلق ثلاثاً ، فمن السهل عليه أن يعطي مالاً لمن ينكح مطلقته ليحلها له ، بخلاف الطريق الشرعي التي هي نكاح الرغبة ، فإنها يصعب معها عودها إليه . وكذلك من أراد أن يقرض ألفاً بألف وخمسمئة ، فمن أدنى الحيل أن يعطيه ألفاً إلا درهماً باسم القرض ، ويبيعه خرقة تساوي درهماً بخمسمئة درهم ودرهم ، فإنها من أدنى الحيل إلى الربا وأسهلها ، كما فعلت اليهود في الاعتداء يوم السبت[2].

ج - يؤيد ذلك ما رواه ابن عباس قال : " بلغ عمر رضي الله عنه أن فلاناً باع خمراً ، فقال : قاتل الله فلاناً ، ألم يعلم أن رسول الله ﷺ قال : " قاتل الله اليهود ، حرمت عليهم الشحومُ فجملوها [3] فباعوها " [4].

وجه الاستدلال : إنه لو كانت العبرة بالظاهر لا بالقصد لما استحق اليهود اللعنة على عملهم ، فقد احتالوا على تحريم أكل الشحوم بأكل أثمانها بعد أن استحالت إلى مادة أخرى وقالوا : ما أكلنا الشحم ، ولم ينظروا في أن الله تعالى إذا حرم الانتفاع بشيء ، فلا فرق في التحريم بين الانتفاع بعينه أو ببدله ، إذ البدل يَسُدُّ مَسَدَّه فلا فرق بين حالِ جامده وَوَدَكه [5] ، فلو كان ثمنه حلالاً لم يكن في تحريمه كثير أمر ، فالعبرة بحقيقة الفعل لا بظاهره .

---

[1] - رواه الحافظ ابن كثير في تفسيره بسنده من طريق أبي عبد الله بن بَطَّه وقال : " وهذا إسناد جيد وأحمد بن محمد بن مسلم - أحد رجال السند - وثقه الحافظ أبو بكر الخطيب البغدادي ، وباقي رجاله مشهورون على شرط الصحيح والله أعلم " تفسير ابن كثير ١٠٧/١ ، وقال ابن القيم في كتابه " إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان " :" وهذا إسناد جيد يصحح مثله الترمذي " ٣٤٨/١ .

[2] - إعلام الموقعين ، لابن القيم ١٢٩/٣ .

[3] - جَمَلوها : أي أذابوها واستخرجوا دُهنها . النهاية في غريب الحديث ، لابن الأثير ٢٩٨/١ .

[4] - الحديث متفق عليه ، أخرجه البخاري في البيوع ، باب : لا يذاب شحم الميتة ولا يباع ودكه رقم (٢٢٢٣) ومسلم في المساقاة ، باب : تحريم الخمر والميتة والخنزير والأصنام رقم (١٥٨٢) بلفظ لعن ، وفلاناً : هو سَمُرَة .

[5] - الوَدَك : دسم اللحم ودهنه الذي يستخرج منه ، النهاية في غريب الحديث والأثر ١٦٩/٥ .

د – قوله ﷺ : " لعن الله المحلِّل والمحلَّل له "[1] .

وجه الاستدلال : وجب اللعن على المحلل والمحلل له لأن في فعلهما استحلالاً للزنى باسم النكاح، فإن قول المحلل:تزوجت هذه المرأة ، أو قبلت هذا النكاح ، وهو غير مبطن لحقيقة النكاح ، ولا يقصد أن تكون زوجة له ، ولا هي مريدة لذلك ولا الولي ، فقد توسل باللفظ الشرعي إلى ما ينافي مقصود العقد ، أو إلى أمر خارج على أحكام العقود ، وهو عود المرأة إلى زوجها المطلق ، وقد ورد من حديث ابن عباس أن رسول الله ﷺ سئل عن المحلل فقال : " لا نكاح إلا نكاح رغبة ، لا نكاح دُلْسَة ، ولا مستهزيء بكتاب الله ، لم يذق العسيلة " [2].

هـ – قوله صلى الله عليه وسلم : " إذا ضَنَّ الناس بالدينار والدرهم ، وتبايعوا بالعِينة ، واتبعوا أذناب البقر ، وتركوا الجهاد في سبيل الله ، أنزل الله بهم بلاءً ، فلم يرفعه عنهم حتى يراجعوا دينهم " [3].

وجه الاستدلال : أن الله تعالى قد أنذر المتعاملين بالعِينة – وهي أشهر أنواع التحايل على الربا– ببلاء عظيم وعذاب في الدنيا ، لا يرفعه عنهم حتى يرجعوا إلى دينهم ، ويكفوا عن هذا التعامل ، وقد روي عن غير واحد من الصحابة أنهم سئلوا عن العِينة قالوا : " إن الله لا يخدع ، هذا مما حرم الله ورسوله " [4].

ثالثاً : الأصول العامة للشريعة تتنافى مع اتخاذ أسباب الحيل :

آ– إن المعنى العام للشريعة أو الأصل العام للتشريع يدل دلالة قاطعة على أن البواعث والمقاصد من قبل المكلفين معتبرة في تصرفاتهم – عبادات ومعاملات – صحة وفساداً ، حلاً وحرمة ، وهذا ما قاله الشاطبي رحمه الله : " إن الأعمال بالنيات ، والمقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والعادات " [5]،وهو ما أكده ابن القيم رحمه الله بقوله : " وقاعدة الشريعة التي لا يجوز

---

(1) – سبق تخريجه انظر ص / ١٨٥ .

(2) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير ١١/١٨٠ رقم (١١٥٦٧) ، وفي الصحيحين مثله عن عائشة رضي الله عنها .

(3) – الحديث رواه الإمام أحمد في المسند من حديث ابن عمر رقم (٤٨٢٥) بلفظه ، وأخرجه أبو داود في سننه عن ابن عمر بلفظ : " إذا تبايعتم بالعِينة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلا لاينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم " كتاب البيوع ، باب : النهي عن العِينة رقم (٣٤٦٢) .

(4) – إعلام الموقعين ٣/١٣٠ (الأعمال تابعة لمقاصد عاملها) والصحابة هم أنس بن مالك ، وابن عباس .

(5) – الموافقات ٢/٣٢٣ (المسألة الأولى من مقاصد المكلفين) .

هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات كما هي معتبرة في التقربات والعبادات ، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً ، وصحيحاً أو فاسداً "[1] .

ويدل على ذلك حديث " إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى " .

ب - إن قصد الشارع بالتشريع ، إقامة المصالح للعباد على الإطلاق والعموم ، فالمطلوب من المكلف أن يتصرف في سائر أفعاله على هذا الوجه الذي يتفق ومقصد الشارع ضماناً لتحصيل النتائج والمصالح المتوخاة عينها ، وإلا كانت الأحكام والقواعد الشرعية ليست مقامة لتلك المصالح ، والثابت قطعاً أنها مقامة لها ، وهذا ما أصّله الشاطبي رحمه الله بقوله : " قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده من العمل موافقاً لقصد الله في التشريع "[2]. وقوله : " كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة ، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل ، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل "[3]. ويعني أنه أهمل ما اعتبره الشارع ، واعتبر ما أهمله لتوهم أن الحسن والمصلحة فيما قصد ، وجعل الفعل أو الترك المشروع وسيلة لفعله فصار ما هو عند الشارع مقصود وسيلة عنده أي جعل أحكام الشارع مطية لتحقيق أغراضه ومصالحه غير المشروعة .

فعلّة بطلان الأعمال هي (المناقضة) التي قوامها القصد والباعث غير المشروع ، لأن الأمور المشروعة إنما شرعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد ، فإذا خالف المكلف ذلك في فعل من أفعاله ، لم يحقق جلب المصلحة ولا دفع المفسدة ، وذلك مضادة للشريعة ظاهرة[4] .

ج - إن قصد المتحيّل من تقديم عمل ظاهر الجواز لتحليل محرّم كبيع العِينة مثلاً ، لا يتأتى معه إرادة حقيقة البيع المشروع ، وإذا انتفت الإرادة التي هي مبنى التصرف المشروع ، أو أساس العقد فقط بطل التصرف لضرورة فقدان أصل مشروعيته ، إذ التراضي هو أساس الانعقاد ، عملاً بمبدأ الرضائية في العقود .

ويتجلى ذلك في بيع العِينة تحيلاً على الربا ، وهو المآل المقصود من التصرف ، وهو خرم لقواعد الشريعة وإبطال لأحكامها وهو علة البطلان ، وذلك لأن المتحيل قد جمع بين أمرين:

---

[1] - إعلام الموقعين ٣/٨٠ (العبرة بالقصد لا بالألفاظ) .

[2] - الموافقات ٢/٣٣١ (المسألة الثانية من مقاصد المكلفين) .

[3] - الموافقات ٢/٣٣٣ (المسألة الثالثة من مقاصد المكلفين) .

[4] -الموافقات ٢/٣٣٣ (المسألة الثالثة من مقاصد المكلفين) .

١- أصل البيع وهو على الجواز الشرعي في ظاهره ، وهذا مفاد تعريف الحيلة وهي : تقديم عمل ظاهر الجواز ، فمناط التحيل متحقق .

٢- الحصول على الزيادة من غير عوض ، وهذا في ذاته ممنوع شرعاً لأنه ربا .

فالمتحيل قد جمع بين الجائز والممنوع ، فصار مآل البيع حصول الربا ، ومعلوم أن أصل النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعاً ، أي يحكم على التصرف في ضوء مآله ، صحة وبطلاناً ، وباعتبار أن المآل هنا هو الحصول على الربا المحرم ، وهذا غير مشروع ، فقد أضحى التسبب في ذلك غير مشروع فيبطل البيع للباعث غير المشروع .

نتيجة ما سبق من الأدلة العقلية والنقلية على بطلان التحيل ، وحرمة التصرف في المتحيل به، يتبين أن الاحتيال على الوصول إلى غرض غير مشروع هو قرينة على الباعث غير المشروع .

ففي بيع العِينة يُعدُّ الإمام مالك أن العقد نفسه قرينة على الباعث غير المشروع ، من قِبَل أنه عقد ظاهري لا يقصد به حقيقة معناه ، من تحقيق المصلحة الحقيقية المعتبرة التي شرع هذا العقد من أجلها ، لأن السلعة بين البائع والمشتري أي المقرض والمقترض لغو لأنها غير مقصودة بالتملك أو التمليك ، بل لإقراض عشرة من الدنانير مثلاً ليتقاضاها المقترض بعشرين بعد أجل وهذا هو الاحتيال للوصول إلى الربا .

والمالكية يُعُدُّون كثرة القصد غير المشروع وقوعاً في المجتمع مَظَنَّة للباعث غير المشروع لأن هذه مفسدة عامة يجب درؤها ، ولا يشترطون تحقق هذا القصد لدى كل متصرف على انفراد ، إذ إن القصد والباعث أمر خفي ولا يمكن الاطلاع عليه ، فيقيمون المظَنَّةَ مُقام المئِنَّة أي مقام حقيقة الشيء المظنون ، احتياطاً في العمل بأحكام الشريعة ، وحفاظاً على مقاصدها وصوناً لأهدافها التي هي مصالح المكلفين .

والشاطبي رحمه الله يميل إلى الأخذ بكثرة القصد ، مظنة لثبوت الباعث غير المشروع ، وأتى بنصوص من الشريعة تنهض باعتبار هذه المظنة دليلاً على الباعث غير المشروع ، من ذلك أن الشارع حرم الخلوة بالمرأة الأجنبية وأن تسافر مع غير ذي محرم ، ونهى عن بناء المساجد على القبور وعن الصلاة إليها ، وعن الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها وقال : " إنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم " ، وحرم نكاح ما فوق الأربع ، لقوله تعالى : ((**ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا**)) [النساء /٣] ، وحرم خطبة المعتدة تصريحاً ونكاحها ، وحرم على المرأة في عدة

الـــوفاة الطيب والزينة وســائر دواعي النكاح ، وعقد النكاح للمحرم ، ونهـــى عــن البيــع والسلف ،وعن هدية المديان ، وعن ميراث القاتل الخ " .... ويقول رحمه الله : " إلى غير ذلك مما هو ذريعة وفي القصد – الباعث – إلى الإضرار والمفسدة فيه كثرة وليـــس بغـــالب ولا أكثري ، والشريعة مبنية على الاحتياط والأخذ بالحزم ، والتحرُّز مما عسى أن يكون طريقـــاً إلى مفسدة ، فإذا كان هذا معلوماً على الجملة والتفصيل فليس العمل عليه ببِدْع في الشريعة ، بـــل هو أصل أصولها ، راجع إلى ما هو مكمِّل ، إما لضروري أو حاجي أو تحسيني "[١] .

من تطبيقات الحيل الباطلة : التحيل على إسقاط حق الشفعة [٢]

كأن يظهر المشتري والبائع أنهما تبايعا شقصاً من أرض بألف ، وقيمته في الحقيقـــة فيمـــا بينهما أقل من ذلك ، ولا يدفع المشتري إلا ما اتفقا عليه مع إظهار أنه دفع ألفاً للبائع .

أو أن يظهر البائع انتقال حصة لآخر صدقة أو هبة مجردة عن العوض وفي الأصل بينـــهما أنها مُبيعَةٌ بثمن معين لكي لا يظهرا البيع حداً للشريك أن يشفع .

وتجوز الحيلة لإسقاط الشفعة بجميع صورها عند الحنفية [٣] والشافعية [٤]، أما المالكية والحنابلـــة فـــلا تجوز الحيلة عندهم ، وإن فعل لم تسقط ، بل لا تجوز الحيلة لإسقاط حق مسلم مطلقاً [٥].

لكن إن وقعت صورة من صور التحيل العديدة و لم يقصد بها التحيل ولا الخداع تسقط الشفعة ، فـإن اختلفا هل وقع شيء من هذا حيلة ، أو لا ؟ فالقول قول المشتري مع يمينه ، لأنه أعلم بنيته وحاله [٦].

---

[١] – الموافقات ٢/٣٦٣- ٣٦٤ .

[٢] – الشفعة لغة : من الشفع ضد الوتر ، والشفع : بمعنى الضم أو الزيادة . فالشفيع يضم ما يتملكه بهذا الحق إلى نصيبه أو ملكه انظر : لسان العرب ، مادة (شفع) ، وفي الاصطلاح : عرفها ابن قدامة فقال : هي استحقاق الشـريك انـتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه " . المغـــني ٧/٤٣٥ (كتاب الشفعة) ومعنى الحيلـــة في الشـــفعة : " أن يظهروا في البيع شيئاً لا يؤخذ بالشفعة معه ، ويتواطؤون في الباطن على خلافه " المغني لابن قدامة ٧/٤٨٥ .

[٣] – قال في الهداية : " ولا تكره الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف وتكره عند محمد ، لأن الشفعة إنما وجبت لدفـع الضرر، ولو أبحنا الحيلة ما دفعناه " ، الهداية المطبوع مع تكملة فتح القدير ٧/٤٥٠ ، وبقول أبي يوسف يفتى ، انظر : الفقه الإسلامي وأدلته ٥/٨٢٥ ،والصحيح تعليل الإمام محمد رحمه الله وهو صريح بأن الكراهية للباعث غير المشروع ، لأن في إسقاط الشفعة منافاة لقصد الشارع ، فإذا شرعت الشفعة لدفع الضرر فإسقاطها عن طريق التحايل بأمر ظاهر الجواز يفضـي إلى الإضرار ، وهو مناقضة لقصد الشارع .

[٤] – المهذب للشيرازي ٣/٤٥٤-٤٥٥ .

[٥] – المغني ٧/ ٤٨٥ .

[٦] المغني ٧/٤٨٨ .

المطلب الثالث : أدلة الإمام الشافعي

يمثل الإمام الشافعي رضي الله عنه الاتجاه الفقهي القسيم للمالكية والحنابلة القائلين بالاعتداد بالبواعث والنيات الخفية ، فهو لا يقيم لها اعتباراً في الحكم على العقد صحة وفساداً، وإنما يقول بجريان أحكام الشريعة على الظاهر ، وأن لا اعتبار للنيات إلا من حيث الثواب والعقاب ، وقوله بالحكم بالظاهر جعله لا يقول بسد الذرائع ، وسأبحث ذلك في فرعين :

- **الفرع الأول : الحكم في الدنيا على الظاهر**

حينما عرض الشافعي رحمه الله للأخذ بالظاهر أورد عدة مسائل يتصل بعضها بالقصد الجائز للعاقدين ويتصل بعضها بالقصد الحرام ونية السوء ، فهو يعتد بإرادة العاقد الظاهرة ولا يعتد بإرادته الباطنة المخالفة للظاهر ولو قامت عليها قرائن واضحة ، كما أنه لا يعتد بالحكم الدنيوي بمخالفة قصد الشارع ، أي أنه لا يعتد بالقصد الحرام إذا لم يصرح به .

فهنا مسألتان : الأولى : مخالفة بين إرادتي العاقد وهي مخالفة جائزة له ، كمن سبق لسانه إلى لفظ البيع وهو لا يريده ، الثانية : مخالفة بين قصد العاقد وقصد الشارع ، وهذه غير جائزة وتوجب تحريم الفعل إلا أنه لا يعتد بها في الحكم القضائي إذا لم يصرح بالقصد الحرام في التصرف [١].

ويرى رحمه الله أن الله حكم على عباده حكمين :

١- حكماً في الآخرة فيما بينهم وبينه على السرائر والنيات ، بأن يثيبهم أو يعاقبهم عليها لأنه هو الذي يعلمها أما عباده فلا علم لهم بها .

٢- وحكماً في الدنيا بين العباد ، وأَمْرُهم أن يكون حكمهم على الظاهر ولا يجوز لهم الحكم بالظن ولا بالنية الباطنة وإن قامت على ذلك قرائن ودلائل قريبة ، ويرى أن هذه القاعدة تجري في الحدود وجميع الحقوق فيقول : " بذلك مضت أحكام رسول الله ﷺ فيما بين العباد من الحدود وجميع الحقوق وأعلمهم أن جميع أحكامه على ما يظهرون وأن الله يدين بالسرائر "[٢].

---

[١] – أي الأولى تدخل في نطاق الإرادة الظاهرة والباطنة ، والثانية في نطاق مخالفة العاقد للنظام الشرعي العام .

[٢] – الأم ٣١١/٧و ٣١٩ (كتاب إبطال الاستحسان) .

ويرى أيضاً أن الشريعة تبنى على الظاهر ، لذلك فإنها تنفذ على حسب الظاهر ، فينبغي ألا يتجه أولياء الأمر في تطبيقها إلى الباطن ، فليس للحاكم أن يتكشف نيات الناس وخفايا نفوسهم بل يكتفي بالتعرف على ظاهرهم وما تقوم عليه الشواهد من حالهم، وفي هذا يقول : " الأحكام على الظاهر والله ولي الغيب ، ومن حكم على الناس بالإزكان جعل لنفسه ما حظر الله تعالى عليه ورسوله ﷺ ، لأن الله عز وجل إنما يتولى الثواب والعقاب على المغيب لأنه لا يعلمه إلا هو جل ثناؤه ، وكلف العباد أن يأخذوا من العباد بالظاهر ، ولو كان لأحد أن يأخذ بباطن عليه دلالة ، كان ذلك لرسول الله ﷺ "[1] .

والحكم على الظاهر يتفرع عنه أمور :

١- إن الظاهر الذي يعتد به هو الظاهر الذي يذكر في صلب العقد ، فلا يعتد بالشرط قبل التصرف أو بعده ، يقول في ذلك : " وليس تفسد البيوع أبداً ولا النكاح ولا شيء أبداً إلا بالعقد ، فإذا عقدا عقداً صحيحاً لم يفسده شيء تَقَدَّمه ولا تأخر عنه ، كما إذا عقدا عقداً فاسداً لم يصلحه شيء تقدمه ولا تأخر عنه إلا بتجديد عقد صحيح "[2].

٢- إن قصد الحرام يقتضي الحرمة أو الكراهة اللتين يحاسب عليهما علام الغيوب ولا يقتضي في الحكم الدنيوي الإبطال ما دام لم يظهر وإن قامت عليه قرائن قوية ، فلا يفسد بيع العنب لمن يعصره خمراً لأنه قد لا يجعله خمراً ، فإن علم أنه يعصره خمراً فالعقد محرم صحيح ، وإن ظنَّ فالعقد مكروه صحيح ، ويدخل في القصد الحرام الحيل ، لكن الإمام الشافعي لا يبطل بعض الحيل وإن قال بتحريمها كبيع العِينة .

٣- عدم اعتداد الشافعي بسد الذرائع مخالفاً المالكية والحنابلة ، وسد الذرائع وإبطال الحيل يدخلان في اعتبار المآل كما سبق .

أدلة الحكم في الدنيا على الظاهر

ذكر الشافعية ومن وافقهم أدلة كثيرة تؤيد ما ذهبوا إليه من الحكم في الدنيا على الظاهر من القرآن والسنة وهي :

---

(١) - الأم ١٢٠/٤ (باب الوصية للوارث).

(٢) - الأم ٣٩/٣ (باب في بيع العروض) .

١- قوله تعالى : ((إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللهِ وَاللهُ يَعْلَمُ إِنَّكَ لَرَسُولُهُ وَاللهُ يَشْهَدُ إِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَكَاذِبُونَ * اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً فَصَدُّوا عَن سَبِيلِ اللهِ إِنَّهُمْ سَاءَ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ)) [المنافقون /١-٢] .

وجه الاستدلال : أن الله حكم بأن نحكم على من أظهر الإسلام بأحكام المسلمين ، فيحقن دمه وينكح المؤمنات ويوارث المؤمنين وإن كنا لا نعلم صدق إيمانه كأهل الأوثان ، بل وإن أخبرنا الله بأنهم كاذبون كالأعراب والمنافقين فقد أمر سبحانه بقبول ما أظهروا و لم يجعل لنبيه أن يحكم عليهم خلاف حكم الإيمان [١] يؤيد ذلك قوله ﷺ :" أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فمن قال لا إله إلا الله فقد عصم مني مالَه ونفسَه إلا بحقه وحسابُهُ على الله " [٢]. فاكتفى منهم بالظاهر ووكل سرائرهم إلى الله ، وكذلك كانت سيرته في المنافقين قبول ظاهر إسلامهم .

٢- حكم اللعان الذي قرره قوله تعالى : ((وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ * وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ * وَيَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ * وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ [النور٦-٧-٨-٩]وقد نزلت في رجل جاء إلى النبي ﷺ يرمي زوجته بأنها حملت من الزنى وعين من يتهمها به [٣] فلما رآه النبي ﷺ قال : " إن جاءت به أُحيمر فلا أراه إلا قد كذب عليها ، وإن جاءت به أُدْعُج ، فلا أراه إلا قد صدق " فجاءت على نعت من اتهمها به لا على أوصاف زوجها . فقال عليه الصلاة والسلام : " إن أمره لبين لولا ما حكم الله [٤]". وقال:

---

[١] – انظر : الأم ١٣٧/٥ (كتاب اللعان) و ٣١٠/٧ (كتاب إبطال الاستحسان) .

[٢] – الحديث متواتر ، اتفق عليه الشيخان من حديث أبي هريرة وغيره ، أخرجه البخاري في كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة ، باب : الاقتداء بسنن رسول الله ﷺ رقم (٧٢٨٤- ٧٢٨٥) ومسلم عنه أيضا في كتاب الإيمان باب : الأمر بقتال الناس حتى يقولوا : لا إله إلا الله رقم (٢١) .

[٣] – قالوا : إنما نزلت بسبب قذف هلال بن أمية امرأته بشريك بن سحماء ، وقالوا : إنما نزلت بعويمر العجلاني . انظر : تفسير القرطبي ١٨٣/١٢-١٨٤ .

[٤] – الأم ١٣٧/٥(كتاب اللعان) والقصة في البخاري كتاب الطلاق ، باب : التلاعن في المسجد رقم (٥٣٠٩) وفي مسلم في كتاب اللعان رقم (١٤٩٦).

" لولا ما قضى الله لكان لي فيهما قضاء غيره "[1]. .

وجه الاستدلال : إن مجيء الولد مشبهاً من اتُّهِمَتْ به كان دلالة واضحة على كذبها وزناها، ومع ذلك لم يقم ﷺ عليها الحد ، ولم يأخذ بتلك الدلالة بل أجرى عليها ظاهر حكم الله من درء الحد وإعطائها الصَّدَاق ، وقال : إن أمره لَبيِّن لولا ما حَكَم الله ، وحكم الله بأنه لا يحكم على أحد إلا بإقرار أو اعتراف على نفسه ولا يحل بدلالة غير واحد منهما وإن كانت بينة .[2]

٣- ونظير هذا ما جاء في الرجل الذي أنكر ولده ، وجاء إلى النبي ﷺ فقال : إن امرأتي ولدت غلاماً أسود ، وإني أنكرته ، فقال ﷺ : " وهل لك من إبل ؟ " قال : نعم . قال :"فما ألوانها ؟"قال : حمر قال : " هل فيها من أورق ؟" قال : نعم قال :"فأنى ترى ذلك جاءها ؟" قال : عرق نزعه قال : " ولعل هذا عرق نزعه"[3] ، فقد اجتمع هنا دليلان : دليل الشبه ، ودليل الفراش ، والثاني هو الأقوى ، فكان الحكم إليه .

وجه الاستدلال : أن النبي عليه الصلاة والسلام لم يحكم عليه بحد ولا لعان إذ لم يصرح بالقذف لأنه قد يحتمل أن لا يكون أراد قذفاً ، وإن كان الأغلب على سامعه أنه أراد القذف إذ لا يجوز للحاكم أن يحكم بالظن[4].

٤- قوله ﷺ : "إنكم تختصمون إليّ ولعل بعضكم أن يكون ألحنَ بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع منه ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له به قطعة من النار "[5].

---

[1] - الأم ٣١١/٧ (إبطال الاستحسان) .

[2] - الأم ١٣٧/٥ (اللعان) ، الأم ٣١١/٧ (إبطال الاستحسان) .

[3] - متفق عليه أخرجه البخاري في كتاب الطلاق ، باب : إذا عرض بنفي الولد رقم (٥٣٠٥) ، وفي الحدود باب : ما جاء في التعريف رقم (٦٨٤٧) ، ومسلم في كتاب اللعان رقم (١٥٠٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

[4] - الأم ٣٢٠/٧ (آخر كتاب إبطال الاستحسان) .

[5] - متفق عليه أخرجه البخاري في صحيحه من حديث أم سلمة في كتاب الشهادات ، باب : من أقام البينة بعد اليمين رقم (٢٦٨٠) ، ومسلم في الأقضية باب : الحكم بالظاهر واللحن بالحجة رقم (١٧١٣) بلفظه .

وجه الاستدلال : قال الشافعي : فيه دلالة على أنه لا يحل لحاكم أن يحكم على أحد إلا بما لفظ وأن لا يقضي عليه بشيء مما غيّب الله تعالى عنه من أمره من نية أو سبب أو ظن أو تهمة لقوله ﷺ : " على نحو ما أسمع منه "(١) .

ويرى الإمام الشافعي رحمه الله أن من الحكم بالظاهر قضاءه ﷺ لعبد بن زمعة بالولد، وقوله لسودة "احتجبي منه" عندما رأى شبهاً بيناً ، فقضى بالظاهر وهو فراش زمعة(٢) .

وتفصيل القضية ما جاء في الصحيح عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : " اختصم سعد بن أبي وعبد بن زمعة في غلام فقال سعد : هذا يا رسول الله ابن عتبة بن أبي وقاص عهد إلي أنه ابنه انظر إلى شبهه ، وقال عبد بن زمعة : أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي من وليدته ، فنظر رسول الله ﷺ إلى شبهه فرأى شبهاً بيناً بعتبة فقال : هو لك يا عبد ، الولد للفراش وللعاهر الحجر ، واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة ، قالت : فلم ير سودة قط " (٦).

في هذا الخبر حكم النبي ﷺ بالباطن والظاهر معاً . بالظاهر حين قال : الولد للفراش ، فجعله أخاً لعبد بن زمعة ، وبالباطن حين قال : احتجبي منه يا سودة ، فنفى أخوته عنها .

٥- واحتج الشافعي رضي الله عنه بقصة رُكانَة بن عبد يزيد لما طلق امرأته البتة ، ثم أتى النبي ﷺ فأحلفه ما أراد إلا واحدة وردها عليه (٤) ، ثم قال : لما كان كلامه محتملاً لأن لم يرد إلا واحدة جعل القول قوله كما حكم الله فيمن أظهر الإيمان بأن القول قوله

---

(١) - الأم ٦/٢١٥ (الإقرار والاجتهاد والحكم بالظاهر) .

(٢) - الأم ٦/٢١٦ .

(٦) - أخرجه مسلم في كتاب الرضاع ، باب : الولد للفراش وتوقي الشبهات رقم (١٤٥٧) .

(٤) - أخرج خبر رُكانة عن نافع بن عجير أبو داود في سننه في كتاب الطلاق ، باب : في البتة رقم (٢٢٠٦) (٢٢٠٨) والترمذي في سننه في كتاب الطلاق ، باب : ما جاء في الرجل يطلق امرأته البتة رقم (١١٧٧) ، وابن ماجه في كتاب الطلاق ، باب : طلاق البتة رقم (٢٠٥١) والبتة : من البت وهو القطع أي مقطوعة الصلة . قال أبو عيسى : " هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه ، وسألت محمداً عن هذا الحديث فقال : فيه اضطراب . ويروى عن عكرمة عن ابن عباس : أن ركانة طلق امرأته ثلاثاً . وقد اختلف أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم في طلاق البتة : فروي عن عمر بن الخطاب أنه جعل البتة واحدة ، وروي عن علي أنه جعلها ثلاثاً ، وقال بعض أهل العلم : فيه نيّة الرجل إن نوى واحدة فواحدة ، وإن نوى ثلاثاً فثلاث ، وإن نوى ثنتين لم تكن إلا واحدة ، وهو قول الثوري وأهل الكوفة ، وقال مالك بن أنس في البتة : إن كان قد دخل بها فهي ثلاث تطليقات ، وقال الشافعي : إن نوى واحدة فواحدة يملك الرجعة ، وإن نوى ثنتين فثنتان ، وإن نوى ثلاثاً فثلاث " .

في الدنيا .. وأنه يغلب على من سمع طلاق البتة أنه يريد الإبتات الذي لا غاية له من الطلاق [١].

٦- الأثر الذي اشتهر على ألسنة الأصوليين والفقهاء :" أمرت أن أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر " [٢].

فعلى أساس الظاهر أخذ الإمام الشافعي رحمه الله يفسر العقود لإعطائها أوصافها الشرعية من الصحة والبطلان ، وترتيب الأحكام عليها ، فنظرته موضوعية لا نظرة نفسية ، فهو لا يحكم على العقود من حيث آثارها وأوصافها بحسب نية العاقدين وأغراضهما الخفية ، وإن كانت بيّنة من أحوالهما وما لابس العقد من أمور سبقته ولحقته ، ولكن يحكم على العقد بحسب ما تدل عليه ألفاظه وما يستفاد منها في اللغة وعرف العاقدين في الخطاب ، وإذا كان العقد في ألفاظه وعباراته غير مشتمل على شيء يوجب التحريم ، ولكن قرائن الأحوال تدل على أنه اتخذ سبيلاً لأمر محرم حكم على العقد بالصحة و لم يلتفت إلى ما اتخذ ذريعة له [٣] ، لذا يقول :"يبطل حكم الإزكان من الذرائع في البيوع وغيرها ويحكم بصحة العقد" [٤]، ويقول في كتاب إبطال الاستحسان : " إنه لا يفسد عقد أبداً إلا بالعقد نفسه ، لا يفسد بشيء تقدمه ولا تأخره ولا بتوهم ولا بأغلب ، وكذلك كل شيء لا نفسده إلا بقصده ، ولا تفسد البيوع بأن يقول : هذه ذريعة وهذه نية سوء ، ولو جاز أن نبطل من البيوع بأن يقال : متى خاف أن تكون ذريعة إلى الذي لايحل ، كاد أن يكون اليقين من البيوع بعقد ما لا يحل أولى أن يرد به

---

[١] - الأم ٣١١/٧ (كتاب إبطال الاستحسان) .

[٢] - قال المزي والعراقي : لا أصل له ، وأنكره أيضاً ابن الملقن والزركشي وابن كثير ، وهو غير ثابت بهذا اللفظ ولعله مروي بهذا المعنى من أحاديث صحيحة جاءت في الأقضية ، قال الشافعي في الأم بعد إيراد حديث " إنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم ... " :" فأخبرهم ﷺ أنه إنما يقضي بالظاهر وأن أمر السرائر إلى الله " . انظر : كشف الخفاء للعجلوني ١٩٢/١ رقم (٥٨٥) دار إحياء التراث العربي ط ١٣٥١/٣ بيروت ، وانظر : الأم للشافعي ٢١٥/٦ (كتاب الأقضية) وعبارة الشافعي واضحة في أن ذلك ليس لفظ حديث وإنما هو معنى يستفاد من حديث آخر ، ولكن وقع في شرح النووي لصحيح مسلم في قوله : ﷺ " إني لم أؤمر أن أنقب عن قلوب الناس " ،" معناه إني أمرت بالحكم بالظاهر والله يتولى السرائر كما قال ﷺ " فيفهم من عبارة النووي أن المعنى صحيح منسوب للنبي ﷺ ، والله تعالى أعلم ، انظر : شرح مسلم ١٦٩/٧كتاب الزكاة باب : ٤٧ .

[٣] - الشافعي للشيخ محمد أبي زهرة /٣٢١ .

[٤] - الأم ١٢٠/٤ (باب الوصية لوارث) .

من الظن ، ألا ترى أن رجلاً لو اشترى سيفاً ونوى بشرائه أن يقتل به كان الشراء حلالاً ، وكانت النية بالقتل غير جائزة و لم يبطل بها البيع ، وكذا لو باع البائع سيفاً من رجل يراه أنه يقتل به رجلاً كان هكذا.فإذا دل الكتاب ثم السنة ثم عامة حكم الإسلام على أن العقود إنما يثبت بالظاهر عقدها ولا يفسدها نية العاقدين ، كانت العقود إذا عقدت في الظاهر صحيحة أولى أن لا تفسد بتوهم غير عاقدها على عاقدها سيما إذا كان توهماً ضعيفاً والله تعالى أعلم" [١].

بناء على هذا لم يفرق الشافعية في صحة البيع بين أن يكون العقد معيناً على أكل الربا وذريعة إليه وألا يكون ذلك ، فأجازوا بيع العِينة لخلو العقد عند إنشائه عن عبارة تدل على قصد الربا .

وأجازوا صور بيوع الآجال [٢] ، وفيها يقول الشافعي : " من باع سلعة من السلع إلى أجل وقبضها المشتري ، فلا بأس أن يبيعها من الذي اشتراها منه ، بأقل من الثمن أو أكثر بدين أو نقد ، لأنها بيعة غير البيعة الأولى "[٣] . وقد استدلوا لجوازها وجواز الحيل عموماً بما جاء في الصحيحين عن أبي سعيد وأبي هريرة رضي الله عنهما " أن رسول الله ﷺ .استعمل رجلاً على خيبر ، فجاءه بتمر جنيب ، فقال له رسول الله ﷺ : أكُلُّ تمر خيبر هكذا؟ قال : لا والله يا رسول الله إنّا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة ، فقال رسول الله ﷺ : لا تفعل بع التمر بالدراهم ، ثم اشتر بالدراهم جنيباً " [٤].

وجه الدلالة : أنه لم يفصل بين أن يشتري من المشتري أو من غيره ، فقد أرشده ﷺ إلى الخلاص من الربا بذلك ، وإن كان المقصود تحصيل الجنيب بالجمع ، ولفظ البيع جاء مطلقاً ، وهو يشمل البيع إلى أي إنسان ، فيحتمل البيع إلى مالك الجنيب ، فيكون في الأمر كمال الحيلة ، ومع ذلك صح عمله .

---

[١] - - الأم ٧/٣١٢- ٣١٣ .

[٢] - بيوع الآجال : وهي بيوع ظاهرها الجواز لكنها تؤدي إلى ممنوع ، كاجتماع سلف وبيع أو أنظرني أزدك ، أو إلى بيع ما لا يجوز متفاضلاً .

[٣] - الأم ٣/٧٩ (باب بيع الآجال) بتصرف .

[٤] - أخرجه البخاري في كتاب البيوع ، باب : إذا أراد تمراً بتمر خير منه رقم (٢٠٨٩) ، ومسلم في المساقاة ، باب : بيع الطعام مثلاً بمثل رقم (١٥٩٣) ولفظه " فلا تفعل بع الجمع بالدراهم ، ثم ابتع بالدراهم جنيباً" .

• **الفرع الثاني : عدم الأخذ بسد الذرائع**

ومبدأ الإمام الشافعي القاضي بالحكم بالظاهر جعله لايقول بالذرائع ، لأن الحكم على تصرف ما بالفساد مع سلامة ظاهره هو تجاوز لهذا الظاهر وإعمال للنيات في تصحيح العقد وفساده وهذا ما لم يقل به .

وسد الذرائع مظهر من مظاهر الاجتهاد بالرأي ، والاجتهاد بالرأي لا يقره الشافعي رحمه الله ولا يعده مصدراً من مصادر الشريعة ، لذا فهو يقصر مصادر الأحكام الشرعية على الكتاب والسنة والإجماع وأقوال الصحابة والقياس على النص ، قال في " الرسالة " : " ولم يجعل الله لأحد بعد رسول الله ﷺ أن يقول إلا من جهة علم مضى قبله ، وجهة العلم بعدُ الكتاب والسنة والإجماع والآثار وما وصفت من القياس عليها " (١).

هذا يعني أنه لا يقول بالاستحسان والمصلحة المرسلة وما إليهما من وجوه العمل بالرأي ومن بينها سد الذرائع ، فقد أبطلها جملة حين خص الاجتهاد بالقياس وجعل الاثنين اسمين لمعنى واحد .

والإمام الشافعي حين لا يأخذ بسد الذرائع يقرر عدم بطلان العقد في الحكم الدنيوي لظن ما يؤول إليه من الفساد ، لأن سد الذرائع يدخل في اعتبار المآل كما سبق ، ويقرر أيضا عدم بطلان العقد بالنية السيئة إذا لم يصرح بها في صلب العقد ، وقد بنى هذا الكلام على أنه إذا كان قد ثبت عنده أن نية السوء المتيقنة من المتعاقدين لا تقتضي الإبطال كان من الأولى عدم إبطال ما كانت نية السوء فيه مظنونة أو ما ظن أنه يؤول إلى الفساد ولا سيما إذا كانت التهمة ضعيفة .

فإذا لم يبطل بيع السيف لمن يشتريه وينوي يقيناً القتل به فمن الأولى ألا يبطل بيع السلاح في الفتنة لمن يظن أنه سيقتل به ، ولا يقال : إن هذا الفعل يفسد لأنه مظنة الفساد أو خشية أن يؤدي إلى الفساد كما يقول من يسد الذرائع .

لهذا فبيع العِينة صحيح بناء على الظاهر مع وضوح أمارات الربا فيه ووجود ما يدل على القصد إلى الممنوع ما دام العاقدان لم يصرحا به فيقول : " إذا اشترى الرجل من الرجل

---

(١) - الرسالة للشافعي /٥٠٨ بتحقيق وشرح : أحمد محمد شاكر ط/ المكتبة العلمية ، بيروت .

السلعة فقبضها وكان الثمن إلى أجل ، فلا بأس أن يبتاعها من الذي اشتراها منه ومن غيره بنقد أقل أو أكثر مما اشتراها به ، أو بدين كذلك أو عرض من العروض ساوى العرض ما شاء أن يساوي ، وليست البيعة الثانية من البيعة الأولى بسبيل "[١].

وقد نقل الإمام الشافعي عن المانعين استدلالهم بما روى أبو إسحق عن امرأته عالية بنت أنفع أنها سمعت عائشة أو سمعت امرأة أبي السفر تروي عن عائشة أن امرأة سألتها عن بيع باعته من زيد بن أرقم إلى العطاء ثم اشترته منه بأقل مما باعه نقداً ، فقالت عائشة : "بئس ما شريت وبئس ما اشتريت ، أخبري زيد بن أرقم أن الله عز وجل قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب "[٢].

ثم اعترض على صحة الخبر بأن امرأة أبي اسحاق لم تعرف بما يثبت به حديثها ، وعلى الاستدلال به بأن زيداً وعائشة رضي الله عنهما اختلفا ، لأن زيداً لا يبيع إلا ما يراه حلالاً له ورأته عائشة حراماً .

ويرجح قول زيد لأن معه القياس ، أو لعل عائشة خالفته لا لأنه اشترى بأقل مما باع بل لأنه باع إلى العطاء ، ويخالفه الشافعي في هذا لأنه أجل غير معلوم . قال : " وقد روي إجازة البيع إلى العطاء عن غير واحد ، وروي عن غيرهم خلافه ، وإنما اخترنا أن لا يباع إليه لأن العطاء قد يتأخر ويتقدم " [٣].

إذاً ، فالبحث عن النيات والمقاصد الخفية لا يتفق مع الأصل الذي يقول به الإمام الشافعي : إن كل الأحكام الدنيوية تبنى على الظاهر ، والنبي عليه الصلاة والسلام قضى بالظاهر ، لأن الأخذ بغير الظاهر أخذ بالظن أو الوهم ، فيكون الخطأ كثيراً والصواب قليلاً ، والأحكام تناط بأمور مطردة لا بأمور غير مطردة .

---

[١] - الأم ٧٩/٣ (باب بيع الآجال) .

[٢] - الأم ٧٨/٣- ٧٩ ، والأثر سبق تخريجه انظر : ص / ١٧٨ .

[٣] - الأم ٧٩/٣ .

المطلب الرابع : مناقشة الأدلة والترجيح

أولاً: مناقشة أدلة الإمام الشافعي رضي الله عنه :

- رد ابن القيم رحمه الله على استدلال الشافعي بمسألة المنافقين بقوله : " فأحكام الرب جارية على ما يظهر للعباد مالم يقم دليل على أن ما أظهروه خلاف ما أبطنوه"[1].

وقال أيضاً : " أما قول الشافعي إنه ﷺ لم يحكم في المنافقين بحكم الكفر مع الدلالة التي لا أقوى منها ، وهي خبر الله تعالى عنهم وشهادته عليهم ، فجوابه : أنه تعالى لم يجْرِ أحكام الدنيا على علمه في عباده وإنما أجراها على الأسباب التي نصبها أدلة عليها ، وإن علم سبحانه وتعالى أنهم مظهرون لخلاف ما يبطنون ، وإذا أطْلَعَ الله رسوله على ذلك ، لم يكن ذلك مناقضاً لحكمه الذي شرعه ورتبه على تلك الأسباب ، كما رتب على المتكلم بالشهادتين حكمه وأطلع رسوله وعباده المؤمنين على أحوال كثيرة من المنافقين وأنهم لما يطابق قولهم اعتقادهم " [2].

أقول تعقيباً على كلام ابن القيم رحمه الله إنه قد وجدت في المنافقين دلائل النفاق و لم يقاتلهم رسول الله ﷺ وقال حين أشير عليه بقتل من ظهر نفاقه : " أخاف أن يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه " [3]، فالرسول عليه الصلاة والسلام أعرض عن قتلهم خشية النفور عن الإسلام لأن مفسدة التنفير أكبر من مفسدة ترك قتلهم ، ومصلحة التأليف أعظم من مصلحة القتل ، وهذا من باب سد الذرائع الذي يأخذ به ابن القيم رحمه الله .

- وأما قصة اللّعان فيرى ابن القيم رحمه الله أنها لا تدل على إبطال العمل بالقرائن ، فقد اجتمع دليلان : أحدهما أقوى من الآخر : حكم اللعان الذي نزل في كتاب الله تعالى ، والشبه الحاصل بين الغلام ومن اتهم فيه ، ومن الضروري إعمال الدلالة الأقوى وهي حكم الله باللعان ، " فإبطال العمل بقرينة لوجود قرينة أقوى منها لا يستلزم إبطال العمل بجميع القرائن " [4].

---

[1] - إعلام الموقعين ٣/١٠٢ (ما جاء به الرسول هو أكمل ما تأتي به الشريعة) .

[2] - إعلام الموقعين ٣/١٠٣- ١٠٤ (أحكام الدنيا تجري على الأسباب) .

[3] - انظر : ص / ٢١٩ وما بعدها من هذه الرسالة .

[4] - إعلام الموقعين ٣/١٠٣ (ما جاء به الرسول هو أكمل ما تأتي به الشريعة) .

- وأما قصة الرجل الذي أنكر ولده فليس فيها ما يدل على القذف لا صريحاً ولا كناية ، وإنما أخبره بالواقع مستفتياً عن حكم هذا الولد أيستلحقه مع مخالفة لونه للونه أم ينفيه ؟.

فأفتاه النبي ﷺ وقرب له الحكم بالشبه الذي ذكره ليكون أذعن لقبوله ولا يقبله دون بينة ، وقد اجتمع هنا دليلان أيضا : دليل الشبه ودليل الفراش ، والثاني هو الأقوى فكان الحكم إليه .

- ونظير هذا ما جاء في قصة ابن زمعة ، فقد تعارض دليل الفراش ودليل الشبه فقدم دليل الفراش لأنه أقوى ، قال النووي رحمه الله : " رأى شبهاً بيّناً بعتبة ثم قال ﷺ : الولد للفراش دليل على أن الشبه وحكم القافة إنما يعتمد إذا لم يكن هناك أقوى منه كالفراش "(١).

فحكم النبي ﷺ كان في الظاهر بالنسبة للنسب ، وعمل عليه الصلاة والسلام بالقرينة وهي الشبه إذ أمر باحتجاب سودة منه ، فهذا دليل قوي على العمل بالقرائن .

- أما قصة رُكانة لما طلق امرأته البتة وأحلفه النبي ﷺ ما أراد إلا واحدة ، فيرى ابن القيم رحمه الله أنه من أعظم الأدلة على أن الاعتبار في العقود بنيات أصحابها ومقاصدهم وإن خالفت ظواهرألفاظهم ، فإن لفظ البتة يقتضي أنها قد بانت منه وانقطع التواصل الذي كان بينهما بالنكاح وأنه لم يبق له رجعة ، بل بانت منه البتة كما يدل عليه لفظ البتة لغة وعرفاً ، ومع هذا فإنه ردها عليه وقبل قوله : إنها واحدة مع مخالفة الظاهر اعتماداً على قصده ونيته ، فلولا اعتبار القصود في العقود لما نفعه قصده الذي يخالف ظاهر لفظه مخالفة ظاهرة بينة ، فهذا الحديث أصل لهذه القاعدة (٢).

وأما قول الإمام الشافعي رضي الله عنه ، بأن الشرط المتقدم لا يفسد العقد فيرى ابن القيم رحمه الله أنه مخالف لقول الجمهور بأنه لا فرق بين الشرط المتقدم والمقارن ، لأن مفسدة الشرط المتقدم لم تزل بتقدمه ، فإذا تواطأ العاقدان على ذلك الشرط المحرم وأظهرا صورة العقد بدونه كان العقد في حقيقة الأمر مقيداً بذلك الشرط المحرّم ، فإذا اشترطا قبل عقد النكاح أن النكاح نكاح تحليل ثم عقدا وسكتا عن إعادة الشرط في صلب العقد لم يخرج العقد عن كونه عقد تحليل . ومن تأمل الشريعة وجدها لا تعتبر الفرق في الصورة وإنما تعتبر المعاني

---

(١) - شرح صحيح مسلم للنووي ٢٩٢/١٠ (كتاب الرضاع ، باب : ١٠) .

(٢) - إعلام الموقعين ١٠٣/٣ (ما جاء به الرسول هو أكمل ما تأتي به شريعة) .

والمقاصد في الأقوال والأفعال ، فإن الألفاظ إذا اختلفت عباراتها أو مواضعها بالتقدم والتـأخر والمعنى واحد كان حكمها واحداً ولو اتفقت ألفاظها واختلفت معانيها كان حكمها مختلفـاً وكذلك الأعمال ،وفي القول بعدم تأثير الشرط السابق فَتْحٌ لباب الحيل ومخالفة لقاعدة سـد الذرائع[1].

- وما قيل عن حديث " تمر خيبر" بأنه أصل لإباحة الحيل صحيح إذا كان الغـرض مـن الحيلة الوصول إلى حـق أو التخلص من ظلم أو الهرب من ارتكاب محـرم، وهـي حيلـة مشروعة ، لا حيلة تستباح بسببها المحارم ويتعدى بها حدود الله عز وجل ، إذ لا يعقـل أن يحرم رسول الله ﷺ الربا بالطريق المباشر ، ثم يبيحه بالطريق غير المباشر ، فأمره عليه الصلاة والسلام المستفاد من قوله : " بع " ينبغي أن لا يفهم منه إلا إنشاء البيع الصحيح الذي يكـون مستقلاً عن العقد الأول متى اتفقا على العقدين معاً ، فلا يكون الثاني مستقلاً بل هو تتمـة للأول ، وهو مخالف لظاهر الحديث الذي يأمر بعقدين مستقلين لا يرتبط أحدهما بالآخر ، كما لو تم التبايع مع شخص آخر أو بعد الانصراف ثم وجده يباع في السوق فاشتراه[2].

- أما قول الشافعية بأنهم لا يأخذون بسد الذرائع وهو وجه من وجوه العمل بالرأي كعـدم أخذهم بالاستحسان أو المصالح المرسلة ، فهذا غير مسلم به عند المحققين مـن علمـاء الأصول من وجهين :

الأول : إن الأساس الذي يقوم عليه أصل سد الذرائع معتبر عند الشافعية فهو لا يخرج عـن المصادر الأصلية ، فإما أن يرجع إلى الكتاب كما في قوله تعالى : ((**وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللهِ فَيَسُبُّوا اللهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ**)) [الأنعام /١٠٨] ، أو إلى السنة كما في قولـه عليه الصلاة والسلام : " إن من أكبر الكبائر أن يلعن الرجل والديه ، قيل : يـا رسـول الله وكيف يلعن الرجـل والديه ؟ قـال : يسبّ أبا الرجل فيسبّ أباه ، ويسبّ أمه فيسـب أمه "[3].

---

(١) – إعلام الموقعين ٣/١٠٧ – ١٠٨ بتصرف (الشرط المتقدم والمقارن) .

(٢) – إعلام الموقعين ٣/١٧٢ (فصل : الجواب عن حديث أبي هريرة في تمر خيبر من صور النـزاع دلالة المطلق والفرق بينه وبين العام) .

(٣) – أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الأدب ، باب : لا يسب الرجل والديه رقم (٥٩٧٣) .

وإما أن يرجع إلى القياس كحرمة الصيد الواقع في الشبكة إذا نصبها قبل الإحرام قياساً على ما جاء في قصة أصحاب السبت ، ومنع الموصى له القاتل من حقه في الوصية ، وما إلى ذلك قياساً على حرمان القاتل من تركة مقتوله بجامع المعاملة بنقيض القصد الفاسد .

وإما أن يدخل في باب الإجماع كمنع القاتل من ميراث مقتوله ، وحرمة سب آلهة المشركين ، ومنع المقرض من قبول الهدية ، وحفر البئر خلف باب الدار ..

الوجه الثاني : أن سد الذرائع يقوم على عدة أصول وترتبط به قواعد معتبرة عند الشافعية منها:

١- أن سد الذرائع إنما جاء توثيقاً للأصل العام الذي قامت عليه الشريعة من جلب المصالح ودرء المفاسد ولا يخالف في ذلك أحد .

٢- اعتبار المآل ، وقد أخذوا به في كثير من المسائل : منها أن الإقرار للوارث يعتبر فيه أن يكون المقرّ له وارثاً عند الموت في الأصح ، لا عند الإقرار ، ومنها أن الثلث الذي يتصرف فيه المريض معتبر بحال الموت في الأصح لا بحال الوصية [١].

٣- إن الشافعية لا يجيزون كما لم يجز غيرهم من العلماء التذرع بأمر ظاهر الجواز لتحقيق أغراض غير مشروعة ، لما في ذلك من مناقضة للشرع مناقضة ظاهرة بهدم قواعده .. ولكنه يختلف عنهم فيما يتحقق منه هذا التذرع، فالشافعي لا يبطل التصرف إلا إذا ظهر قصده إلى المآل الممنوع ويذهب غيره إلى الأخذ بالقرائن .

فإن قيل : إن سد الذرائع بالمعنى العام معمول به عند الشافعية وغيرهم بلا خلاف إلا في التسمية ، والخلاف في الواقع إنما يدور حول المعنى الاصطلاحي الخاص ، بدليل أن الإمام الشافعي يصحح بيوع الآجال ويبطل دليل منعها ، فلا يلزمه القول بسد الذرائع .

الجواب : إن مخالفة الشافعية في بيوع الآجال لا يعني أنهم لم يسدوا الذرائع في غيرها من المسائل ، وقد ثبت عنهم سدها[٢].

ثم أنهم لم يسدّوا الذريعة في بيوع الآجال لسببين :

١- نظرتهم الظاهرية في تصحيح العقود .

---

[١] - انظر : الأشباه والنظائر ، السيوطي / ٣٢٢ (القاعدة الخامسة عشرة من القواعد المختلف فيها : هل العبرة بالحال أو بالمآل ؟) .

[٢] انظر : سد الذرائع للبرهاني /٦٥٨ فقد جاء بشواهد عديدة لسد الذرائع عند الشافعية .

٢- إبطالهم الدليل القاضي بفساد بيوع الآجال ، وهو حديث السيدة عائشة رضي الله عنها وقالوا فيه [١]:

آ- إن ما قالته عائشة رضي الله عنها باجتهادها واجتهاد واحد من الصحابة لا يكون حجة على الآخر بالإجماع ، وأصل ما نذهب إليه أنّا نأخذ بقول الذي معه القياس وهو زيد ابن الأرقم .

ب - قد تكون عائشة عابت على امرأة زيد بن أرقم بيعاً إلى العطاء لأنه أجل غير معلوم ، وهذا لا نجيزه لفساد البيعين ، أما الأول : فلجهالة الأجل فإن وقت العطاء غير معلوم . وأما الثاني : فلأنه قائم على الأول .

ج - لا نثبت مثله على عائشة لأن زيداً لا يبيع إلا ما يراه حلالاً ولا يبتاع إلا مثله ، ولو أن رجلاً باع أو ابتاع ما يراه حلالاً ونراه نحن حراماً لم نزعم أن الله تعالى يحبط من عمله شيئاً ، والعالية وأم محبة امرأتان مجهولتان لا يحتج بهما .

والذي يبدو أن الأساس الذي انطلق منه الشافعية لرد حديث السيدة عائشة رضي الله عنها هو أصلهم الثابت في الحكم بالظاهر ، ولا يقوى هذا الأثر على مقاومة ذلك الأصل ، والله تعالى أعلم .

ثانياً : مناقشة الإمام مالك رضي الله عنه :

لقد توسع الإمام مالك والمالكية كثيراً في القول بسد الذرائع ، حتى إنه بات ينسب إليهم دون غيرهم مع أن الجميع يقولون به ، والمشهود عنهم إعمالهم له في بيوع الآجال وبيوع الذرائع الربوية على نحو لم يقل به أحد حتى الحنابلة الذين اتفقوا معهم على سد الذرائع ومنع الحيل ، وهذا ما أخذه عليهم بعض الفقهاء .

فقد قال ابن تيمية عن الإمامين مالك وأحمد رحمهم الله : " فإنهما يحرمان الربا ويشددان فيه حق التشديد لما تقدم من شدة تحريمة وعظم مفسدته ، ويمنعان الاحتيال عليه بكل طريق ، حتى يمنعان الذريعة المفضية إليه وإن لم تكن حيلة ، وإن كان مالك يبالغ في سد الذرائع ما لا يختلف قول أحمد فيه أو لا يقوله ، لكنه يوافقه بلا خلاف عنه على منع الحيل كلها"[٢].

---

(١) - انظر : كلام الشافعي في الأم ٧٩/٣ (باب بيع الآجال) سبق نقله في ص / ١٧٨ من هذه الرسالة .

(٢) - مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٧/٢٩ .

وهذا التوسع في العمل بالذرائع والمبالغة فيه جعلهم أكثر إعمالاً للباعث واعتداداً به حتى حين يظهر بمظنته البعيدة ، وقد وصل بهم الأمر أقصاه حين قالوا بتوريث مطلقة الفارّ في كل الأحوال حتى ولو بعد انقضاء عدتها وزواجها من آخر، ودليلهم على توريثها مظنة مرض الموت ، ومن الذين أخذوا عليهم ذلك الحنابلة أصحابهم في الاعتداد بالبواعث والنيات ، قال ابن قدامة رحمه الله في المغني : " ويؤخذ على المالكية توسعهم في الاعتداد بالباعث في مرض الموت " [١].

فهم قد جعلوا الذريعة البعيدة التي من شأنها ألا توصل إلى المحرم إلا نادراً معمولاً بها ، وهذا خلاف ما عليه الفقهاء من أن ضابط منع الذريعة أن يكون من شأنها الإفضاء إلى المفسدة لا محالة قطعاً أو كثيراً ، أو أن تكون مفسدة الفعل أرجح مما قد يترتب على الوسيلة من المصلحة ، وهذا ما قال به المجمع الفقهي الإسلامي في الوقت الحالي [٢].

أما الأدلة التي قال بها المالكية ومعهم الحنابلة في سد الذرائع فهي أدلة عامة يأخذ بها جميع الفقهاء لسد الذرائع بالمعنى العام .

وأما الأدلة على بطلان التحيل وإن كانت تشهد على العقاب والثواب الأخروي ، فهي في الوقت ذاته تصلح أدلة لإبطال العقود ، ثم وإن كان بعضها من أخبار الأمم السابقة إلا أنها جاءت في شرعنا للاعتبار والنهي عن الاحتيال حتى لا يقع علينا عقاب كعقابهم، وأقوى الأدلة على الإطلاق للاعتداد بالباعث وسد الذرائع وإبطال التحيل حديث " إنما الأعمال بالنيات " ، والله تعالى أعلم .

---

[١] - المغني ١٩٦/٩ .

[٢] - قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم : ٩٦/٩/د ٩ بشأن سد الذرائع صدر بتاريخ ١٤١٥/١١/٦ . انظر : الفقه الإسلامي وأدلته أ .د وهبة الزحيلي ٦٥٧/٩ .

• **الترجيح**

بعد النظر في أقوال العلماء والأدلة والأصول التي استندوا إليها فيما ذهبوا إليه وقبل الترجيح لابد من إعادة التأكيد على مسألة سبق القول فيها ، وهي أنه لا خلاف بين العلماء جميعاً في أن النية الباعثة على العمل هي مدار حل الفعل وحرمته ، وهي أساس الثواب والعقاب عند الله سبحانه وتعالى ، وأن جميع الأعمال منوطة بالنية من عبادات ومعاملات كبيع وشراء وزواج وهبة ووصية وما إلى ذلك من التصرفات ، والأصل في ذلك كله قوله عليه الصلاة والسلام :" إنما الأعمال بالنيات " .

وأن الحكم حكمان : حكم دياني قوامه الثواب والعقاب ، وآخر قضائي قوامه الصحة والفساد ، والقصد قصدان : قصد الشارع ، وقصد العاقد .

أما مخالفة قصد العاقد فهي مخالفة جائزة ، كمن سبق لسانه إلى لفظ البيع وهو لا يريده ، وفي الحكم الدنيوي تحكمها قاعدة : " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني " ، وقد سبق القول بترجيح مذهب الجمهور (الحنفية والمالكية والحنابلة) الذين يأخذون بهذه القاعدة خلافاً للشافعية .

أما قصد الشارع فيجب أن يراعى ، والأدلة على ذلك غير محصورة ولا يستطيع أحد أن ينكره ، والإمام الشافعي رضي الله عنه أكثر الناس أخذاً به ، لكنه اقتصر على اللفظ دليلاً عليه فلم يعتد بالقرائن على مخالفته في الحكم القضائي ، والأدلة التي ساقها الشافعي رحمه الله لا تصلح لذلك ، ثم إنه أكثر من حسن الظن بالناس والتخفيف عنهم واكتفى بقصر الجزاء على مخالفة قصد الشارع على الآخرة ، فأجاز بيع العنب لمن يعلم أو يظن أنه يعصر خمراً وبيع السلاح في الفتنة مع أن الدلائل واضحة على النية الفاسدة وهذا حرصاً منه على استقرار التعامل ومراعاة لمصلحة المتعاقد الآخر بها .

والحنفية على الرغم من موافقتهم للشافعية من حيث المبدأ في العمل بالظاهر في كثير من الصور إلا أنهم ترددوا في صور أخرى ، وقد انفردوا بصناعة فقهية خاصة بهم .

وفي مقابل هذه النظرة : نظرةٌ مالكية أسرفت في الاعتداد بالقصود والقول بتأثير البواعث غير المشروعة في صحة التصرفات والعقود ، واكتفوا في إثبات ذلك بمظنته ولو كانت بعيدة .

وتوسط الحنابلة بين المذهبين فكانوا أكثر اعتدالاً من المالكية في الاعتداد بالبواعث الخفية التي لم يعتبرها الشافعية وإن دلت عليها قرائن قوية .

لذلك كان هذا المذهب المتوسط أولى بالترجيح مراعاة لمصلحة المجتمع قال تعالى : "وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ)) [المائدة /٢] .

فأخلص من هذا إلى أنه لابد من مراعاة القصود والنيات في التصرفات والاعتداد بالبواعث إذا دلت القرائن والأمارات على أن العاقد يقصد بعقده التوصل إلى الحرام ، والقرينة الواضحة أو القاطعة تأخذ حكم العلم ، لهذا خالف بعض الشافعية الشافعي ، فأفتى ابن الصلاح وأقره بعض شافعية عصره كما تقدم [١] ، فيمن حملت أمتها على الفساد بأن تباع عليها قهراً إذا تعين البيع طريقاً إلى خلاصها .

والاعتداد بالباعث هو القول المتفق مع نهج الشريعة في سد المنافذ إلى المحرمات ، خاصة في هذا العصر ، فقد تغلبت المادة وضعف الوازع الديني والورع والاحتياط ، وكثرت طرق التحايل على شرع الله ودينه ، وفي القول بأن الباعث المشروع شرط انعقاد ما يحقق العدل والحق وهو أقرب إلى روح التشريع ومقاصده .

أما تصحيح التصرف الذي دفع إليه باعث غير مشروع فإنه يفضي غالباً إلى مآل غير مشروع ، والمآلات معتبرة في التصرفات والعقود صحة وبطلاناً تبعاً لكونها مشروعة أو غير مشروعة .

فإن قيل : إن الباعث عنصر نفسي خارج عن كيان التصرف فالجواب : أنه لما كان هو الدافع على التصرف كان ذلك التصرف تجسيداً له بحيث يغدو مظهراً مادياً للباعث النفسي ، فهو ملازم له وقوعاً .

لهذا ، فإن التصرف الشرعي الذي يبعث عليه أو يلابسه قصد غير مشروع باطل ، والله تعالى أعلم .

*** *** *** ***

---

(١) - انظر :ص/ ١٩٠ من هذه الرسالة .

الخاتمــــــة

إن هذه الدراسة كانت في شقين ، الأول : دراسة الباعث ، والثاني : دراســـــة أثـــر الباعث في المعاملات .

- أمـــا دراسة الباعث فإنها من أشد الدراسات صعوبة لما يكتنف فكرة الباعث فقـــهاً مـــن الغموض ، الأمر الذي أدى إلى الاستعانة بالدراسات النفسية والفلسفية والقانونية خاصـــة الجنائية لوضع تعريف محدد وواضح للباعث .

وبعد استعراض ما قاله علماء الشريعة من فقهاء ومتكلمين وأصوليين حين أتوا على ذكـــر الباعث توصلت إلى تعريفه بأنه : ((**المحرك للقوة النفسية المدركة للغايـــة ، والمحركـــة للإرادة نحو تحقيق غرض غير مباشر من التصرف**)) .

وهو ذو طبيعة مزدوجة ، من عنصر نفسي وآخر ذهني فكري ، فهو اتحاد ظواهر نفسية وذهنية ، أو هو اتحاد تصور وتصديق وشعور ورغبة .

وللباعث خصائص ثلاث : فهو شيء : خارج عن نطاق التصرف ، ذاتي يقوم في نفـــس المتعاقد ، متغير حسب ظروف العقد ، وهذا ما يميزه عن القصد الذي لا يتغـــير بتغـــير الأشخاص فهو واحد من كل المكلفين في النوع الواحد من العقود .

إضافة إلى ذلك فإن الاهتمام بالباعث يؤدي وظيفة اجتماعية ، وهي حماية المجتمع مـــن النيات والمقاصد السيئة ، لأن الاعتداد به يؤدي إلى منع صحة عقد يبتغي بوسائل مشـــروعة الوصول إلى نتائج غير مشروعة .

ولا مانع في الشرع والقانون من إطلاق لفظ الدافع على الباعث فـــــهما اسمـــان لمسمى واحد ، وهو الحمل على الفعل ، وكذلك لا ضير من إطلاق لفظ السبب علـــى الباعث لأن كليهما يرجع إلى معنى واحد وهو طريق الوصول إلى الشيء المقصود.

ومن الألفاظ ذات الصلة بفكرة الباعث والتي تختلط معه لفظا " الغرض والغاية " .

أما الغرض فهو الهدف الذي يتوجه إليه الشخص بسلوكه ، بينما الباعث هو القـــوة المحركة للسلوك بعد إدراكها وتصورها لهذا الغرض وما تجنيه من مصالح ومنافع .

وأما الغاية فهي آخر الأهداف التي يريدها الشخص ، والباعث ماهو إلا انعكاس عقلي نفسي لها ، فإذا عرفت غاية المتصرف من تصرفه أمكن معرفة الباعث له على هـذا التصرف ، والعكس صحيح ، فمعرفة الباعث تكشف عن الغاية ، وهذه العلاقة بين الباعث والغاية تفيد في فهم القيمة الأخلاقية للباعث فيما إذا كان مشروعاً أم غير مشروع .

والباعث على الفعل قد يكون واحداً مفرداً وقد يكون متعدداً ، إذ تشترك بواعث عدة في تسبيب الفعل تتعاون مرة ، وتتصادم أخرى إلى أن تنصهر في صورة واحدة وتصبح صورة لباعث واحد ، أو يتغلب الأقوى فيعزل ما عداه وينفرد بالدور المؤثر في تحريك الإرادة .

ففي المعاملات إذا كانت البواعث على العمل المشروع متعددة ، وكان بعضها مشروعاً وبعضها غير مشروع فالعبرة عندئذ للباعث الرئيسي الحامل على الفعل والداعي له.

والباعث نوع من النية دل على ذلك معنى قوله ﷺ : " إنما الأعمال بالنيات " ، فللنية معنيان : الأول : معنى شرعي فقهي يتعلق بصحة العمل في الظاهر وتمييزه عن أشكاله، ويتلخّص في القصد المقارن للفعل ، وهذه هي النية المباشرة أو القريبة ، ويطلق عليها الفقهاء لفظ " النية " أو " القصد " . الثاني : معنى شرعي سلوكي ينظر إلى صحة القصد وإخلاصه في الباطن وترتب الثواب عليه ، وهي نية غير مباشرة أو بعيدة وتسمى (الباعث) ومعظم الفقهاء يستعملون لفظ " القصد" أو "النية " للدلالة عليه .

والنية بالمعنى الأول تستجيب للبواعث فهي تتحرك بها وقلّ وجودها بدون باعث يحركها .

- وأما أثر الباعث فلا يظهر إلا إذا كان غير مشروع ، عندئذ يكون أداة لإبطال العقد أو التصرف عند من يعتد به ، ولا يعوّل على الباعث غير المشروع إلا في مجال الإباحة ، أي ما هو مأذون فيه ومشروع ، وضابطه المتفق عليه هو علم المتعاقد الآخر به .

- وبما أن الباعث أمر نفسي ذاتي فهو يتصل بالإرادة الباطنة أوثق صلة ، وهذه الإرادة تمثل جوهر التصرف ، فهي الإرادة الحقيقية التي يرجع إليها تحريك الآثار الشرعية

المترتبة على العقد أو التصرف . أما الظاهرة فيرجع إليها الفضل في إبراز ما في النفس من بواعث ومقاصد ، ولا بد من وجود الإرادتين معاً لأن وجود إحداهما على انفراد لا يكون له أي أثر في وجود العقد أو التصرف ولا في ترتب آثاره .

-ومن الفقهاء من غلب على فروعه وأصوله الأخذ بالإرادة الظاهرة من غير بحث في النيات الباعثة فلا أثر للباعث عندهم ما لم يدخل في دائرة التعاقد كالحنفية والشافعية والظاهرية ، وهؤلاء قالوا بالاعتداد بالألفاظ في العقود دون النيات .

ومن الفقهاء من أخذ بالنيات والبواعث و لم يشترط للبحث فيها ظهورها في متن العقد ما دام الطرف الآخر على علم بها كالمالكية والحنابلة ، وهؤلاء قالوا بالاعتداد بالنية والقصد دون اللفظ .

-والقاعدة المعتمدة عند الحنفية " أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني " لا تتعارض مع ما ذهبوا إليه بالاعتداد بالإرادة الظاهرة ، لأن المراد بالقاعدة عندهم أن العبرة بالمدلول اللغوي الذي يفهم من العبارة التي أنشىء بها العقد لا بظاهر اللفظ ذاته وليس مرادهم النية الباعثة التي حركت الإرادة للتعاقد فذلك مما لا تتعرض له تلك القاعدة .

وقول الحنفية هذا الموافق لقول المالكية والحنابلة بأن العقود والمعاملات تتبع مقاصدها والمراد منها بأي لفظ كان هو القول الصواب .

-إن أنظار الفقهاء وعناياتهم في صياغة قاعدة " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني " وتطبيقاتها على الفروع الفقهية قد وقفت في تفسير كلمة (المقاصد) عند المعنى اللغوي الحرفي ، وهو المعنى الظاهر من الألفاظ المستعملة ، وهذا المعنى هو النية المباشرة والقصد القريب من التصرف ، وأغفلوا من كلمة (المقاصد) معنى الدوافع والبواعث والنيات غير المباشرة ، ومن اعتنى بهذه المعاني وأكد على وجوب الاعتداد بالباعث استعمل الألفاظ ذاتها (النية والقصد) حين دعا إلى إيثار القصد والمعنى على اللفظ والمبنى و لم يخصص لكل مفهوم اصطلاحاً خاصاً به ، مع العلم أن مفهوم القصد المباشر يباين مفهوم الباعث أو القصد غير المباشر ، فالأول داخل في دائرة التعاقد أما الثاني فخارج عنها .

-إن مصطلحات حكم العقد أو موضوع العقد أو المقصد الأصلي مصطلحات شرعية مترادفة يقابلها في القانون مصطلح السبب القصدي أو السبب الفني ، مع خلاف بينها ، فحكم العقد متلازم مع إرادة الشارع أما السبب القصدي فهو ملازم لإرادة العاقد .

لقد عدّ القانون الباعثَ أو السببَ ركناً في العقد إضافة إلى المحل والرضا ، أما في الفقه الإسلامي فركن العقد إما أن يقتصر على الصيغة كركن وحيد كما هو الحال في الفقه الحنفي ، وإما أن يضيف إليها العاقدين والمحل كما هو الحال عند الجمهور ، فلا مكان للباعث ضمن أركان العقد ، ويمكن عده شرط انعقاد عند من يعتد به كالمالكية والحنابلة فمن شروط المحل قابليته لحكم العقد ، ومن هذا الشرط يمكن إبطال العقود المخالفة للنظام الشرعي العام ، ويكون أساس البطلان هو تخلف المقصد الأصلي للتصرف .

- لا خلاف بين العلماء جميعاً في أن النية الباعثة على العمل هي مدار حل الفعل وحرمته وهي أساس الثواب والعقاب عند الله سبحانه وتعالى ، وأن جميع الأعمال منوطة بنية التقرب بها إلى الله تعالى ، والأصل في ذلك كله قوله عليه الصلاة والسلام :" إنما الأعمال بالنيات " ، والقول إن صحة المعاملات لاتتوقف على النية يقصد به النية بمعناها الأول أي القصد المقترن بالفعل ، أو النية المباشرة .

- ولا خلاف بين المذاهب في إبطال التصرفات إذا كان الباعث عليها غير مشروع ، ولكن الخلاف فيما بينهم هو في طرق الاستدلال على الباعث وهي ثلاث طرق :

١- أن يكون الباعث بصورة شرط مقترن بالعقد .

٢- أن تدل عليه طبيعة المعقود عليه .

٣- أن تدل عليه قرائن الأحوال وملابساتها .

فإذا كان الباعث منصوصاً عليه في العقد فلا خلاف بين العلماء في إعماله لأنه في تلك الحالة يعد داخلاً في صيغة العقد ، وهو جزء من التعبير عن الإرادة ويبطل العقد تبعاً لذلك ، أما إذا لم يكن منصوصاً عليه في صلب العقد فقد وقع الخلاف بين الفقهاء ، فذهب الحنفية والشافعية إلى أنه لا يعتد بالباعث طالما أنه متوارٍ عن دائرة التعاقد ، وذهب المالكية والحنابلة إلى الاعتداد به ما دام الطرف الثاني على علم به .

وعلى الرغم من هذه الملامح الأساسية للمذاهب الفقهية إلا أن لكل فرع أو مسألة فقهية خصوصية معينة يمكن لأصحاب المذهب أن يخرجوا فيها عن أصلهم كما في بيع العينة ، والنكاح بشرط التحليل عند الحنفية .

والحقيقة أنهم يتدرجون في الأخذ بالباعث غير المشروع وترتيب آثاره على التصرف أو عدم ذلك ، فأشدهم تمسكاً بالظاهر الشافعية ، إذ لا يعتدون إلا بصيغة العقد ، ولا يلتفتون إلى قرائن الأحوال وملابساتها ولو كانت واضحة الدلالة على اتخاذ العقد ذريعة لأمر محرم . أما الحنفية فعلى الرغم من أخذهم بالظاهر إلا أنهم يخففون من تشدد الشافعية ويعتدون بالباعث غير المشروع إذا أمكن استخلاصه من طبيعة المحل . وأما المالكية فيصل الاعتداد بالباعث عندهم أقصاه ويسرفون في ذلك ، حتى إنهم اكتفوا في إثباته بمظنته البعيدة . وكما أن الحنفية يخففون من تشدد الشافعية كذلك حال الحنابلة مع المالكية فهم يعتدون بالباعث ويأخذون به لكن دون إسراف .

والسبب في خلاف المذاهب هو في ضبط كيفية الاستدلال على الباعث غير المشروع ، وعلم المتعاقد الآخر به بين متشدد ومتساهل ، فمن أخذ بالظاهر تشدد في هذا العلم واشترط ذكره في العقد ، وهم الحنفية والشافعية ، ومن تساهل في هذا العلم و لم يشترط ذكره في العقد اكتفى بمجرد علم الآخرين به أو بوجود قرائن يفترض معها هذا العلم، وهم الحنابلة ، ومن أسرف في تساهله اكتفى بمظنته البعيدة ، وهم المالكية .

– هناك علاقة بين مبدأ سد الذرائع ومبدأ الاعتداد بالباعث ، فهما يهدفان إلى غاية واحدة وهي التوسع في نطاق عدم المشروعية ، والحرص على المزيد من حماية المجتمع عن طريق إبطال التصرفات التي يظن أنها تفضي إلى المفسدة ، لكنهما سلكا في سبيل الوصول إلى غايتهما المشتركة طريقين ، يلتقيان مرة ويفترقان أخرى ، فبينما يجمع مبدأ سد الذرائع بين المعيار الموضوعي والذاتي يستند مبدأ الاعتداد بالباعث على المعيار الذاتي فقط ، فمبدأ سد الذرائع ينظر إلى النتائج المترتبة على الفعل وهو ما يسمى مآلات الأفعال ، كما ينظر إلى البواعث والنيات ، وهو أعم وأشمل من مبدأ الاعتداد بالباعث ، وفي كليهما تقاس الوسيلة في زاوية النتيجة ، إلا أنه في الأول قياس موضوعي مباشر ونفسي غير مباشر ، أما في الثاني فإنه قياس نفسي غير مباشر يعول فيه على البواعث والدوافع التي حركت إرادة المكلف وجعلته يقدم على إنشاء التصرف .

- العلماء متفقون على الأخذ بأصل الذرائع فيما عدا البيـوع الربوية ، إن لم يسمه بعضهم بهذا الاسم ، أما الاختلاف بينهم ففي تدرجهم في الأخذ بسد الذرائع ، فالمالكية يقفون في هذا الميدان في أعلى الدرجات ، أما الشافعية فيأخذون منه بأدنى مستوى وبأضيق نطاق ممكن ، والحنابلة أقرب إلى المالكية ، أما الحنفية فهم أقرب إلى الشافعية .

-ومما يناقض سد الذرائع ، و هو من أهم مقاصد الشريعة ، الحيل ، فهي إبطال لمقاصد الشارع وتفريغ للنصوص من معانيها ، ومن أهم أسباب شيوع الحيل عند القائلين بها هو غض الطرف عن مقاصد المكلفين وبواعثهم ، وعدم ربطها بالأقوال والأفعال ، وبناء الأحكام على الظاهر معتمدين على الأثر " أمرت أن أحكم بالظاهر " ومن يأخذ بسد الذرائع يكون أشد الناس إنكاراً للحيل والعمل بها .

- القاعدة في الفقه الإسلامي هي : جواز الحيل إذا كانت غير متعارضة مع مقاصد الشريعة لأنها تعد من أيسر السبل وأسهلها للحفاظ على مصلحة مشروعة ، وبالتالي ليس لها من الحيل إلا الاسم فقط ، ومن يهاجم الحيل ويأتي بالأدلة على منعها وبطلانها يضع نصب عينيه الحيل بالمعنى المذموم ، دون التمييز بين ما هو شرعي متفق عليه وبين ما هو حرام ، والحقيقة أنه ليست كل الحيل ممنوعة ، بل الممنوع فقط هو ما يؤدي إلى هدم أصل من أصول الدين .

أخيراً ، النتيجة الأهم التي توصلت إليها في هذا البحث ، التي يمكن لكل باحث أن يستنتجها ويتنبه لها هي : تكامل البنيان الفقهي بين المذاهب الأربعة ، التي تشكل بمجموعها وحدة الفقه الإسلامي ، إذ إن الترجيح بين المذاهب في مسألة الباعث ، موضوع البحث ، كان ترجيحاً إجمالياً ، وهو الاعتداد بالباعث غير المشروع وتأثيره في إبطال العقود أو التصرفات ، إلا أنه في تفصيل المسائل الفقهية يمكن الخروج عن هذا المذهب والأخذ بمذهب آخر لأمر خاص يتعلق بالمسألة المعروضة ويخضع لسلطان النصوص الثابتة أو غيرها من الأدلة التي تكون أقوى من اطراد القاعدة .

والحمد لله رب العالمين .

الفهارس

- فهرس الآيات القرآنية .
- فهرس الأحاديث الشريفة .
- فهرس القواعد الفقهية .
- فهرس الأعلام .
- فهرس المصادر والمراجع .
- فهرس الأبحاث .

فهرس الآيات القرآنيـــة على ترتيب السور

	- أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظُلِمُوا	٣٩	١١
	- وَلِيَعْلَمَ الَّذِينَ أُوتُوا العِلْمَ أَنَّهُ الحَقُّ مِن رَبِّكَ	٥٤	٧٤،٧٣
المؤمنــون :	- يَا أَيُّهَا الرُّسُلُ كُلُوا مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَاعمَلُوا صَالِحاً إِنِّي بِمَا تَعمَلُونَ عَلِيمٌ .	٥١	٧٦
النــور :	- وَالَّذِينَ يَرمُونَ أَزْوَاجَهُم وَ لَمْ يَكُن لَهُم شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُم .	٦-إلى٩	٢٥٢
الفرقــان :	- فَمَا تَستَطِيعُونَ صَرفاً وَلَا نَصراً	١٩	١٠٥
لقمــان :	- وَاقصِدْ فِي مَشْيِكَ	١٩	١٧
يــس :	- قَالُوا يَا وَيْلَنَا مَن بَعَثَنَا مِن مَرقَدِنَا	٥٢	٣١
ص :	- يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلنَاكَ خَلِيفَةً فِي الأَرضِ	٢٦	٧٤
غافــر:	- لَعَلِّي أَبلُغُ الأَسْبَابَ	٣٦	٥١
	- أَسْبَابَ السَّموَاتِ	٣٧	٥١
الجاثيــة :	- أَفَرَأَيتَ مَنِ اتَّخَذَ إِلَهَهُ هَوَاهُ وَأَضَلَّهُ اللهُ عَلَى عِلمٍ	٢٣	٧٤
الحجــرات :	- وَلَا تَجَسَّسُوا	١٢	٣٧
الذاريات	- وَمَا خَلَقْتُ الجِنَّ وَالإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ	٥٦	٧٤،١٤،١١
	- مَا أُرِيدُ مِنهُم مِن رِزقٍ وَمَا أُرِيدُ أَن يُطْعِمُونِ	٥٧	١٤
النجــم :	- أَلَّا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخرَى	٣٨	٨٤
الحشــر :	- وَيُؤثِرُونَ عَلَى أَنفُسِهِم وَلَو كَانَ بِهِم خَصَاصَةٌ	٩	٨٦
المنافقون :	- إِذَا جَاءَكَ المُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللهِ	١	٢٥٢
	- اتَّخَذُوا أَيمَانَهُم جُنَّةً فَصَدُّوا عَن سَبِيلِ اللهِ	٢	٢٥٢
القلــم :	- إِنَّا بَلَونَاهُم كَمَا بَلَونَا أَصْحَابَ الجَنَّةِ	١٦-٣٣	٢٤٤،٢٤٣
النازعــات :	- فَأَمَّا مَن طَغَى	٣٧	١٤ ٧٤
	- وَآثَرَ الحَيَاةَ الدُّنيَا	٣٨	١٤ ٧٤
	- فَإِنَّ الجَحِيمَ هِيَ المَأوَى .	٣٩	١٤ ٧٤
	- وَأَمَّا مَن خَافَ مَقَامَ رَبِّهِ	٤٠	٧٤
	- فَإِنَّ الجَنَّةَ هِيَ المَأوَى	٤١	٧٤
الأعلى :	- بَل تُؤثِرُونَ الحَيَاةَ الدُّنيَا	١٦	٤٩
	- وَالآخِرَةُ خَيرٌ وَأَبقَى	١٧	٤٩
الشمــس :	- إِذِ انبَعَثَ أَشْقَاهَا	١٢	٣١

البينة :	- وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللهَ مُخلِصِينَ لَهُ الدِّينَ	٥	٦١، ٦٧، ٧٣
الزلزلة	- فَمَن يَعمَل مِثقَالَ ذَرَّةٍ خَيراً يَرَهُ	٧	٦٢
	- وَمَن يَعمَلْ مِثقَالَ ذَرَّةٍ شَرّاً يَرَهُ	٨	٦٢

*** *** ***

فهرس الأحاديث الشريفة والآثار

*** *** *** ***

فهرس القواعد الفقهية

*** *** *** ***

فهرس الأعـــــلام

(ش)

(ص)

(ع)

(ن)

- ناجية بن كعب : (الخزاعي ، صحابي رضي الله عنه توفي في خلافة معاوية) ٢٢٠

- النخعي : (إبراهيم من كبار فقهاء مدرسة الرأي بالكوفة ت ٩٥ أو ٩٦ هـ) . ٢٠٤

- النووي : (يحيى بن شرف أبو زكريا محيي الدين إمام في الفقه والحديث ، محرر مذهب الشافعي ٦٧٦ هـ) . ٢٠ ، ١٣٤ ، ٢٦٠

*** **** ****

فهرس المصادر والمراجع

أولاً : التفسير وعلوم القرآن الكريم

١- أحكام القرآن : الجصاص ، أبو بكر أحمد بن علي الرازي (٣٧٠هـ) .
تحقيق محمد صادق القمحاوي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

٢- تفسير القرآن العظيم : ابن كثير ، عماد الدين إسماعيل بن كثير القرشي (٧٧٤هـ)
دار إحياء الكتب العربية ، البابي الحلبي وشركاه .

٣- التفسير المنير : الزحيلي ، أ.د . وهبة الزحيلي .
دار الفكر ، ط ١ /١٩٩١ ، دمشق .

٤- الجامع لأحكام القرآن : القرطبي ، محمد بن أحمد الأنصاري (٦٧١هـ)
دار الكاتب العربي ، ط ١٣٨٧/٣ هـ ، القاهرة .

٥ - روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني : الألوسي ، محمود البغدادي ١٢٧٠هـ
إدارة الطباعة المنيرية ، مصر .

٦ - غريب القرآن : السجستاني ، أبو بكر محمد بن عزير السجستاني (٣٣٠هـ)
تحقيق عبد الواحد حمران ، دار قتيبة ط١٤١٦/١ هـ .

٧ - مفاتيح الغيب الشهير بالتفسير الكبير : الرازي ، محمد فخر الدين (٦٠٦ هـ)
دار الفكر ، ط/١٤١٥ هـ ، بيروت .

٨- مفردات في القرآن الكريم : الأصفهاني : أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب ،
(٥٠٢هـ) تحقيق محمد سيد كيلاني ، المكتبة المرتضوية ، طهران .

ثانياً : الحديث الشريف وشروحه

١- الأدب المفرد : البخاري ، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (٢٥٦هـ)
عالم الكتب ، ط١٤٠٤/١ هـ .

٢- تخريج أحاديث إحياء علوم الدين : العراقي (٨٠٦ هـ) وابن السبكي (٧٧١هـ)والزبيدي(١٢٠٥هـ) ، استخراج محمود حداد ، دار العاصمة ط١٤٠٨/١ الرياض.

٣- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد : ابن عبد البر ، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري الأندلسي (٤٦٣ هـ) .
تحقيق سعيد أحمد أعراب ط/١٤١٠هـ .

٥- جامع العلوم والحكم : ابن رجب ، عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ، (٧٩٥هـ) .
تحقيق شعيب أرناؤوط ، مؤسسة الرسالة ، ط١/١٤١١ هـ .
٦ - حلية الأولياء : الأصبهاني ، أبو نُعيم أحمد بن عبد الله (٤٣٠هـ) دار الكتاب العربي .
٧ - سبل السلام شرح بلوغ المرام : الصنعاني ، محمد بن إسماعيل بن صلاح (١١٨٢هـ)
دار الكتاب العربي ، ط ١١/١٤١٨هـ ، بيروت .
٨ - سنن ابن ماجه : محمد بن يزيد القزويني (٢٧٣هـ) ، ومعه شرح السندي : أبو الحسن الحنفي (١١٣٨ هـ) ، ومصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه للبوصيري (٨٤٠هـ)
بترقيم محمد فؤاد عبد الباقي ، دار المعرفة ، ط ١/١٤١٦ ، بيروت .
٩ - سنن أبي داود : سليمان بن الأشعث السجستاني (٢٧٥ هـ) .
تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد ، المكتبة العصرية ، لبنان .
١٠- سنن الترمذي : محمد بن عيسى بن سورة (٢٧٩هـ)
تعليق عزت عبيد الدعاس ، مكتبة دار الدعوة ، ط /١٣٨٥ هـ ، حمص .
١١- سنن الدارقطني : علي بن عمر (٣٨٥ هـ)
تعليق مجدي بن منصور بن سيد الشورى ، دار الكتب العلمية ،ط١/١٤١٧هـ .
١٢- السنن الكبرى : البيهقي ، أحمد بن الحسين (٤٥٨ هـ)، ومعه الجوهر النقي لابن التركماني (٧٤٥هـ) ، دار المعرفة ، بيروت ، طبعة مصورة .
١٣- سنن النسائي : أحمد بن شعيب (٢٧٩هـ) ، ومعه شرح الحافظ جلال الدين السيوطي (٩١١هـ) ، وشرح السندي (١١٣٨هـ) ، دار المعرفة ، ط٢/١٤١٢هـ،بيروت.
١٤- شرح حديث إنما الأعمال بالنيات : ابن تيمية ، أحمد بن تيمية الحراني (٧٢٨هـ)
المطبعة السلفية ، ط٣/ ١٤٠٠ هـ ، القاهرة .
١٥- شرح صحيح مسلم : النووي ، أبو زكريا يحيى بن شرف (٦٧٦ هـ)
مراجعة الشيخ خليل الميس ، دار القلم ، بيروت .
١٦- شرح علل الترمذي :ابن رجب ، عبد الرحمن بن رجب الحنبلي (٧٩٥هـ) .
تحقيق أ.د .نور الدين عتر ، دار العطاء ، ط١/١٤٢١ ، الرياض .
١٧- صحيح البخاري : أبو عبد الله محمد بن إسماعيل (٢٥٦ هـ) ، بترقيم محمد فؤاد عبد الباقي .
١٨- صحيح مسلم : مسلم بن الحجاج القشيري (٢٦١هـ) ،بترقيم محمد فؤاد عبد الباقي .
١٩- طرح التثريب في شرح التقريب : العراقي ، زين الدين عبد الرحيم بن الحسين(٨٠٦هـ)
وولده ولي الدين أبي زرعة (٨٢٦هـ) دار المعارف ، حلب .

٢٠- فتح الباري : ابن حجر العسقلاني ، شهاب الدين أحمد بن علي (٨٥٢هـ)
طبعة دار الريان ، القاهرة .
٢١- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد : الهيثمي ، نور الدين علي بن أبي بكر (٨٠٧ هـ) بتحرير الحافظين العراقي وابن حجر ، مكتبة القدسي ، ط/١٣٥٢ هـ ، القاهرة .
٢٢- المستدرك على الصحيحين : النيسابوري ، أبو عبد الله الحاكم (٤٠٥هـ)
دار المعرفة ، ط٣/١٤١٤ هـ ، بيروت .
٢٣ - المسند : الإمام أحمد بن حنبل ، (٢٤١هـ) ،تحقيق أحمد محمد شاكر، ط/عالم الكتب .
٢٤- مصنف ابن أبي شيبة : عبد الله بن محمد (٢٣٥ هـ)
تحقيق عامر العمري الأعظمي ، الدار السلفية ، بومباي .
٢٥ - المصنف : الصنعاني ، عبد الرزاق بن همّام (٢١١هـ)
تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي ، المكتب الإسلامي، ط٢/١٤٠٣هـ ، بيروت .
٢٦ - معالم السنن : الخطابي ، أحمد بن محمد أبو سليمان البستي (٣٨٨هـ)
مطبوع مع سنن أبي داود ، عزت عبيد الدعاس ، دار ابن حزم ، ط١/١٩٩٧بيروت.
٢٧- المعجم الكبير : الطبراني ، أبو القاسم سليمان بن أحمد ، (٣٦٠ هـ) .
تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي ، دار إحياء التراث العربي ، ط٢ .
٢٨- منتهى الآمال في شرح حديث إنما الأعمال بالنيات : السيوطي ، جلال الدين (٩١١هـ)
تحقيق محمد عطية ، دار ابن حزم ، ط١/١٤١٩ هـ ، بيروت .
٢٩- الموطأ : الإمام مالك بن أنس (١٧٩ هـ) ، ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي .
المكتبة الثقافية ط٢/١٩٩٢ ، بيروت .
٣٠- نصب الراية لأحاديث الهداية : الزيلعي ، أبو محمد عبد الله بن يوسف (٧٦٢ هـ)
تحقيق محمد عوامة ، دار القبلة للثقافة الإسلامية ط١/ ١٤١٨هـ ، جدة .
٣١ - النهاية في غريب الحديث والأثر : ابن الأثير ، مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري (٦٠٦ هـ) تحقيق: الطاهر أحمد الزاوي ، محمود محمد الطناحي ، المكتبة الإسلامية .

ثالثاً : أصول الفقه

١- الإحكام في أصول الأحكام : الآمدي ، سيف الدين أبوالحسن علي بن محمد (٦٣١هـ)
المكتب الإسلامي ، ط ٢/١٤٠٢هـ ، بيروت .

٢- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول : الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد (١٢٥٠هـ) دار السلام ، ط١/١٤١٨ القاهرة .
٣- أصول السرخسي : أبو بكر محمد بن أحمد (٤٩٠هـ)
تحقيق رفيق العجم ، دار المعرفة ، ط ١ /١٤١٨ بيروت .
٤ - أصول الشاشي : أبو علي أحمد بن محمد ،نظام الدين (٣٤٤هـ)
دار الكتاب العربي ، ط /١٤٠٢ ، بيروت .
٥ - أصول الفقه الإسلامي :د.وهبة الزحيلي ، دار الفكر ط١/١٩٨٦ ، دمشق .
٦ - البحر المحيط في أصول الفقه : الزركشي ، بدر الدين محمد بن بهادر (٧٩٤هـ)
تحرير د.عبد الستارأبو غدة ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ط٢/١٩٩٢ ، الكويت
٧ - تيسير التحرير : أمير بادشاه ، محمد أمين (٩٧٢هـ)
دار الباز ، مكة المكرمة ، تصوير دار الكتب العلمية ، بيروت
٨ - حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع : حسن بن محمد العطار (١٢٥٠هـ)
المكتبة التجارية الكبرى ، مصر .
٩ - الرسالة : الإمام الشافعي ، محمد بن إدريس (٢٠٤ هـ)
تحقيق أحمد محمد شاكر ، المكتبة العلمية ، بيروت
١٠-رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب : السبكي ، تاج الدين (٧٧١هـ)
تحقيق : علي محمد معوض ، عادل أحمد عبد الموجود ، عالم الكتب ، ط١/١٤١٩ ، بيروت .
١١- شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير :ابن النجار، محمد بن أحمد بن عبد العزيز (٧٩٢ هـ)
تحقيق:د . محمد الزحيلي ، د. نزيه حماد ، جامعة أم القرى ، ط١/١٤٠٨ ، مكة المكرمة .
١٢- شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح : التفتازاني ، سعد الدين مسعود بن عمر (٧٩٢هـ) ، ومعه التنقيح : لصدر الشريعة ، عبيد الله بن مسعود البخاري (٧٤٧ هـ) المطبعة الخيرية ط/١٣٢٢ هـ .
١٣- كشف الأسرار شرح المصنف على المنار : النسفي ، حافظ الدين عبد الله بن أحمد (٧١٠هـ)
دار الكتب العلمية ، ط١/١٩٨٦ ، بيروت .
١٤ - كشف الأسرار عن أصول البزدوي : البخاري ، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد (٧٣٠ هـ)
ضبط وتعليق محمد المعتصم بالله البغدادي ، دار الكتاب العربي ، ط٣/١٤١٧ ، بيروت .
١٥ - المحصول في علم الأصول : الرازي ، فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين (٦٠٦ هـ)
تحقيق طه جابر فياض العلواني ، مؤسسة الرسالة ، ط٢/ ١٤١٢ ، بيروت .

١٦ - المستصفى من علم الأصول : الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد (٥٠٥ هـ)
دار إحياء التراث العربي ، تصوير عن طبعة بولاق ١٣٢٤ هـ ، القاهرة .
١٧- منع الموانع عن جمع الجوامع : السبكي تاج الدين (٧٧١ هـ)
تحقيق د . سعيد الحميري ، دار البشائر الإسلامية ط١/١٤٢٠ ، بيروت .
١٨- الموافقات في أصول الفقه : الشاطبي ، أبو إسحاق إبراهيم (٧٩٠ هـ)
المكتبة التجارية الكبرى ، القاهرة .

رابعاً : الفقه الإسلامي وقواعده

آ- الفقه الحنفي

١- الأشباه والنظائر : ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم (٩٧٠ هـ)
تحقيق د . مطيع الحافظ ، دار الفكر ، دمشق .
٢- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع : الكاساني ، علاء الدين أبو بكر بن مسعود (٥٩٧هـ)
دار الكتب العلمية ، ط٢ / ١٤٠٦ ، مصورة عن طبعة القاهرة .
٣- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : الزيلعي ، فخر الدين عثمان بن علي (٧٤٢ هـ)
دار المعرفة ، بيروت ، مصورة عن طبيعة بولاق ١٣١٥ ، القاهرة .
٤ - جامع الفصولين : ابن قاضي سماوه [1] ، محمود بن إسماعيل الحنفي (٨٢٣ هـ)
المطبعة الأزهرية ، ط١/١٣٠٠ هـ .
٥ - الدرالمختار شرح تنوير الأبصار : الحصكفي ، محمد بن علي بن محمد الحصني الدمشقي (١٠٨٨هـ)
مطبوع مع الحاشية ، بولاق ، ١٢٨٦ هـ .
٦ - رد المحتار على الدر المختار : ابن عابدين ، محمد أمين (١٢٥٢هـ) .
بولاق ، ط١٢٨٦ هـ .
٧ - شرح فتح القدير : ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي (٨٦١هـ)
المكتبة التجارية الكبرى ، مصر .

[1] - كذا ورد اسمه في خطبة الكتاب ، وذكر إسماعيل باشا البغدادي أن اسمه محمود بن القاضي إسرائيل السيماوي الرومي المعروف بابن قاضي سيماونه وصحح انه ابن قاضي (سيماو) وهي بلدة من توابع كوتاهية في الأناضول ، انظر : هدية العارفين ٢/٤١٠ .

٨ - العناية على الهداية : البابرتي ، أكمل الدين محمد بن محمود(٧٨٦هـ) مطبوع بهامش شرح فتح القدير .

٩ - الفتاوى الخانية : قاضيخان ، الحسن بن منصور بن محمود الأوزجندي (٥٩٢هـ)
مطبوع بهامش الفتاوى الهندية ، دار إحياء التراث العربي ، ط٣ / ١٤٠٠ ، بيروت .

١٠- الفتاوى الهندية : الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ، تسمى بالفتاوى العالمكيرية .
دار إحياء التراث العربي ، ط٣/ ١٤٠٠هـ ، بيروت .

١١- المبسوط : السرخسي ، محمد بن أحمد بن أبي سهل (٤٨٣هـ)
دار المعرفة ، ط/١٤٠٦هـ ، بيروت .

١٢ - مجلة الأحكام العدلية ، أعدتها لجنة من كبار علماء الحنفية في الدولة العثمانية عام ١٢٨٦هـ .

١٣- مختصر الطحاوي أو المختصر في الفقه : أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي (٣٢١هـ)
تحقيق أبو الوفا الأفغاني ، دار إحياء العلوم ، ط١ /١٤٠٦ ، بيروت .

١٤- الهداية شرح بداية المبتدي : المرغيناني ، برهان الدين علي بن أبي بكر (٥٩٣هـ)
مطبوع مع شرح فتح القدير وتكملته .

ب – الفقه المالكي

١- الأمنية في إدارك النية : القرافي ، أبو العباس أحمد بن إدريس (٦٨٤هـ)
تحقيق أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضري ، دار اليمامة ، ط١/١٤١٨هـ ، دمشق .

٢- إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك : الونشريسي ، أحمد بن يحيى (٩١٤هـ)
تحقيق أحمد بو طاهر الخطابي ، صندوق إحياء التراث الإسلامي المشترك ط ١٩٨٠ ، الرباط

٣- التاج والإكليل لمختصر خليل : الموّاق ، محمد بن يوسف العبدري (٨٩٧ هـ) .
مطبوع مع مواهب الجليل ، ط٢/١٩٧٨ .

٤ - تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام : ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم بن علي (٧٩٩هـ)
نشر مكتبة الكليات الأزهرية ط ١/١٤٠٦هـ ، القاهرة .

٥ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير : محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي (١٢٣٠هـ)
دار الفكر ، ط١/١٤١٩ ، بيروت .

٦ - الشرح الصغير للدردير : أبو البركات أحمد بن محمد (١٢٠١ هـ)
مطبوع مع بلغة السالك لأقرب المسالك ، دار الكتب العلمية ، ط١/١٤١٥، بيروت

٧ - الفروق : القرافي ، أبو العباس أحمد بن أدريس (٦٨٤هـ) ، ومعه إدرار الشروق على أنواء الفـروق لابن الشّاط : قاسم بن عبد الله (٧٢٣هـ) ، وتهذيب الفروق للشيخ محمد علي بن حسين المكي .
دار الكتب العلمية ، ط١٤١٨/١ ، بيروت .
٨- القوانين الفقهية : ابن جزيّ ، أبو القاسم محمد بن أحمد (٧٤١هـ)
دار الكتاب العربي ، ط١٩٨٩/٢ ، بيروت .
٩ - المدونة الكبرى : الإمام مالك بن أنس (١٧٩هـ)
مطبعة السعادة ، ط ١٣٢٣ ، مصر
١٠-مواهب الجليل لشرح مختصر خليل : الحطاب ، محمد بن محمد المغربي ، (٩٥٤هـ) ط١٩٧٨/٢ .

ج - الفقه الشافعي

١- الإجماع : النيسابوري ، أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر (٣١٨هـ)
تحقيق أحمد بن محمد حنيف ، دار طيبة ، ط١٤٠٢/١ ، الرياض .
٢- الأشباه والنظائر : السيوطي ، جلال الدين (٩١١هـ) ، تحقيق طه عبد الرؤوف وعماد البارودي المكتبة التوفيقية ، القاهرة .
٣- الإقناع في الفقه الشافعي : الماوردي ، أبو الحسين علي بن محمد بن حبيب (٤٥٠ هـ)
تحقيق خضر محمد خضر ، مكتبة دار العروبة ط١٩٨٢/١ ، الصفاة ، الكويت .
٤ - الأم : الإمام الشافعي : محمد بن أدريس (٢٠٤هـ) دار الفكر ط/١٤١٠ ، بيروت .
٥ - البيان في مذهب الإمام الشافعي : العمراني ، أبو الحسين يحيى العمراني (٥٥٨ هـ)
اعتناء قاسم محمد النوري ، دار المنهاج ، ط١/ ١٤٢١ بيروت .
٦ - تحفة المحتاج بشرح المنهاج : الهيثمي : أحمد بن حجر (٩٧٤هـ) مطبوع مع حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي ، دار الكتب العلمية ، ط ١ / ١٤١٦ ، بيروت .
٧ - حاشية قليوبي وعميرة على شرح المنهاج : عميرة (٩٥٧هـ) ، قليوبي : شهاب الدين أحمد بـن سلامة (١٠٦٩هـ) ، البابي الحلبي ، ط٣/ ١٣٧٥ ، القاهرة .
٨- الحاوي الكبير : الماوردي ، علي بن محمد بن حبيب أبو الحسن البصري (٤٥٠هـ)
تحقيق : علي محمد معوض ، عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، ط١٤١٤/١ ،بيروت
٩- روضة الطالبين وعمدة المفتين : النووي ، أبو زكريا يحيى بن شرف (٦٧٦هـ) المكتب الإسلامي .
١٠- قواعد الأحكام في إصلاح الأنام : العز بن عبد السلام ، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بـن عبد السلام (٦٠٦هـ) المكتبة التجارية الكبرى ، القاهرة .

١١- المجموع : النووي ، أبو زكريا يحيى بن شرف (٦٧٦هـ) مكتبة الإرشاد ، جدة .
١٢- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج : الخطيب الشربيني ، محمد بن محمد (٩٧٧ هـ)
تحقيق : علي محمد معوض ، عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ط١/١٤١٥هـ .
١٣- المنثور في ترتيب القواعد الفقهية : الزركشي ، بدر الدين محمد بن بهادر (٧٩٤هـ)
تحقيق د . فائق أحمد محمود ، مراجعة عبد الستار أبو غدة ، شركة دار الكويت للصحافة ، ط٢/ ١٩٨٥ مصورة .
١٤- المهذب : الشيرازي ، أبو إسحاق إبراهيم بن علي (٤٧٦هـ)
تحقيق د . محمد الزحيلي ، دار القلم ، ط١/١٤١٧ ، دمشق .
١٥ - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج : الرملي ، شمس الدين محمد بن أحمد (١٠٠٤هـ) المكتبة الإسلامية .
١٦ - الوسيط في المذهب : الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد (٥٠٥) .
تحقيق أحمد محمود إبراهيم ، دار السلام ، ط٢/١٤١٧ .

د – الفقه الحنبلـي

١- إعلام الموقعين عن رب العالمين : ابن القيم ، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر ، (٧٥١هـ)
عناية أحمد عبد السلام الزعبي ، دار الأرقم بن أبي الأرقم ، ط١/١٤١٨ ، بيروت .
٢- الإقناع : الحجاوي ، أبو النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي (٩٦٨هـ)
المكتبة التجارية الكبرى ، القاهرة .
٣- بيان الدليل على بطلان التحليل : ابن تيمية ، تقي الدين أحمد بن شهاب الدين الحراني (٧٢٨هـ)
تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي ، ط/ المكتب الإسلامي .
٤- فتاوى ابن تيمية : المكتب التعليمي السعودي ، المغرب .
٥- القواعد : ابن رجب ، عبد الرحمن (٧٩٥ هـ) مكتبة الخانجي ، ط١/١٣٥٢ ، مصر .
٦- كشاف القناع عن متن الإقناع : البُهُوتي ، منصور بن إدريس (١٠٥١هـ)
تحقيق محمد أمين الضِنّاوي ، عالم الكتب ، ط١ /١٤١٧ .
٧ - المغني : ابن قدامة ، موفق الدين عبد الله بن أحمد المقدسي (٦٢٠هـ)
تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي ، هجر ، ط١/١٤٠٦ ، القاهرة .

هـ - المذاهب الأخرى

١- الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير : الصنعاني ، شرف الدين الحسين بن أحمد (١٢٢١هـ) دار الجيل ، بيروت .

٢ - المحلى : ابن حزم ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي (٤٥٦هـ) طبعة محققة ومقابلة على طبعة محمد أحمد شاكر ، دار الآفاق الجديدة ، بيروت .

خامساً : المؤلفات الفقهية الحديثة

١- أبو حنيفة : الشيخ محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي .

٢- أثـر القصود في التصرفات والعقود : د . عبد الكريم زيدان ، مؤسسـة الرسـالة ، ط٢/١٩٨٨ ، بيروت .

٣- الأحوال الشخصية : الشيخ محمد أبو زهرة ، مطبعة مخيمر ، ط٣/١٩٥٧ ، القاهرة .

٤- الإكراه في الشريعة الإسلامية : د . فخري أبو صفية ، مطابع الرشيد ، ط/١٩٨٢ ، المدينة المنورة.

٥- الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي : د . محمد يوسف موسى ، دار الفكر العربي ، ط/١٤١٧.

٦- الباعث على العقود في الفقه الإسلامي وأصوله : د . وهبة الزحيلي ، دار المكتبي ، ط١/٢٠٠٠ .

٧- بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله : د . فتحي الدريني ، مؤسسة الرسالة ، ط١/١٩٩٤ .

٨- التراضي في عقود المبادلات المالية : د . نشأت الدريني ، دار الشروق ، ط١/١٤٠٢ جدة .

٩- التشريع الجنائي الإسلامي : عبد القادر عودة ، دار الفتح ، ط٥/١٩٦٨ .

١٠- التصرفات والوقائع الشرعية : محمد زكي عبد البر، دار القلم ، ط١/١٩٨٢ ، الكويت .

١١- التعبير عـن الإرادة في الفقه الإسلامي : د . وحيد الديـن سـوار، مكتبـة النهضـة المصريـة ، ط١/١٩٦٠ ، القاهرة .

١٢- الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده : د . فتحي الدريني ، جامعة دمشق ، ط١/١٩٦٧ .

١٣- الحيل الفقهية في المعاملات المالية : محمد بن إبراهيم ، الدار العربية للكتاب ، ط/ ١٩٨٣ .

١٤- درر الحكام شرح مجلة الأحكام : علي حيد ، تعريب فهمي الحسيني ، دار الجيـل ، ط١/١٤١١ ، بيروت .

١٥- سدر الذرائع في الشريعة الإسلامية :أ . محمد هشام البرهاني ، مطبعة الريحاني ، ط٢/١٤٠٦ بيروت.

١٦- الشافعي : الشيخ محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي .
١٧- ضوابط المصلحة : أ.د . محمد سعيد رمضان البوطي ، مؤسسة الرسالة ، ط٤/ ١٤٠٢ ، بيروت .
١٨- الفقه الإسلامي وأدلته ، أ.د . وهبة الزحيلي ، دار الفكر ، ط٣/١٩٨٩ ، دمشق .
١٩- مالك : الشيخ محمد أبو زهرة ، مكتبة الأنجلو المصرية .
٢٠- المدخل الفقهي : أ.د . أحمد الحجي الكردي . جامعة دمشق ، ط/ ١٩٨٧ .
٢١- المدخل الفقهي العام : أ . مصطفى الزرقا ، الجامعة السورية ، ط٣/١٩٥٢ ، دمشق .
٢٢- مصادر الحق في الفقه الإسلامي : د . عبد الرزاق السنهوري .
٢٣- مقاصد المكلفين : د . عمر سليمان الأشقر ، مكتبة الفلاح ، ط١/١٩٨١ ، الكويت .
٢٤- الملكية ونظرية العقد : الشيخ محمد أبو زهرة ، دار الفكر العربي .
٢٥- المناهج الأصولية : د . فتحي الدريني ، الشركة المتحدة للتوزيع ، ط٢/١٩٨٥ ، دمشق .
٢٦- موسوعة فقه عمر بن الخطاب : د . محمد رواس قلعه جي ، دار النفائس .
٢٧- الموسوعة الفقهية : وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت .
٢٨- النظريات الفقهية : د . فتحي الدريني ، جامعة دمشق ، ط/ ١٩٨٢ .
٢٩- نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي : حليمة آيـــت حمـــودي ، دار الحداثـــة ، ط/١٩٨٦ ، بيروت .
٣٠- نظرية العقد : د . حمزة حمزة ، كلية المعارف الإسلامية ، جامعة كراتشي ، رسالة دكتوراه .
٣١- نظرية المقاصد عند الشاطبي : د . أحمد الريسوني ، الدار العالمية للكتاب الإسلامي ط٢/١٩٩٢ .
٣٢- النية وأثرها في الأحكام الشرعية : د . صالح بن غانم السدلان ، عالم الكتب ط٢/١٩٩٣ الرياض .

سادساً : الأخلاق والعقيدة والتصوف

١- إحياء علوم الدين : الغزالي ، مع شرح الزبيدي (١٢٠٥هـ) تصوير عن الطبعة الميمنية بمصر ١٣١١ .
٢- إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان : ابن القيم ، (٧٥١) تحقيق محمد حامد الفقي ، دار المعرفة بيروت.
٣- تمهيد الأوائل وتلخيص الدلائل : الباقلاني ، أبو بكر محمد بن الطيب (٤٠٣هـ) تحقيق عماد الدين حيدر ، مؤسسة الكتب الثقافية ، ط١/١٤٠٧ ، بيروت .
٤ - الرعاية لحقوق الله : المحاسبي ، أبو عبد الله الحارث بن أسد (٢٤٣ هـ) ، دار الكتب العلمية ، بيروت .
٥- كبرى اليقينيات الكونية : د . محمد سعيد رمضان البوطي ، دار الفكر ، ط٦/١٣٩٩ ، دمشق .

٦ - المطالب العالية من العلم الإلهي : الرازي ، فخر الدين (٦٠٦هـ) تحقيق د . أحمد حجازي السقا ، دار الكتاب العربي ، ط١/١٤٠٧ ، بيروت .

سابعاً : المؤلفات القانونية

١- الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية : د . علي حسن عبد الله الشرفي ، الزهراء للإعلام العربي ط١/١٩٨٦ .

٢- شرح قانون الجزاء الكويتي - القسم الخاص - د . عبد الوهاب حومد ، جامعة الكويت ، ط/١٩٧٢ .

٣- شرح قانون العقوبات - القسم العام - د . محمود مصطفى ، جامعة القاهرة ، ط ١٠/١٩٨٣ .

٤- شرح قانون العقوبات اللبناني - القسم الخاص - د . محمد نجيب حسني ، ط٢/١٩٧٥ ، بيروت .

٥- قانون الأحوال الشخصية الصادر بالمرسوم رقم (٥٩) تاريخ ١٩٥٣/٩/١٧ ، والمعدل بالقانون رقم (٣٤) تاريخ ١٩٧٥/١٢/٣١ .

٦- قانون العمل الموحد الصادر بالقانون رقم (٩٢) لعام ١٩٥٩ .

٧- القانون المدني الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٨٤) تاريخ ١٩٤٩/٥/١٨ وتعديلاته .

٨- محاضرات عن النظرية العامة للجريمة في قانون العقوبات السوري ، د . عدنان الخطيب ، معهد الدراسات العربية ، جامعة الدول العربية ط/١٩٥٧ .

٩- المدخل إلى علم القانون ، د . هشام القاسم ، جامعة دمشق .

١٠- مصادر الالتزام ، د . أنور سلطان ، دار النهضة العربية ، ط /١٩٨٣ ، بيروت .

١١- نظرية الالتزام العامة ، د . ماجد الحلواني ، جامعة دمشق ، ط/١٩٦١ .

١٢- نظرية الصورية في القانون المدني ، سامي عبد الله ، مؤسسة البيادر للطباعة ، ط/١٩٧٧ .

١٣- النظرية العامة للالتزام : د . حشمت أبو ستيت ، مكتبة عبد الله وهبة ، ط /١٩٤٥ ، القاهرة .

١٤- النظرية العامة للالتزام : د . عبد الحي حجازي ، اعتناء محمد الألفي ، جامعة الكويت ط/١٩٨٢

١٥- النظرية العامة للالتزام : د . وحيد الدين سوار ، جامعة دمشق .

١٦- نظرية العقد والإرادة المنفردة ، د . عبد الفتاح عبد الباقي ، ط / ١٩٨٤ .

١٧- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد : د . عبد الرزاق السنهوري ، منشورات الحلبي الحقوقية ط ١٩٩٨/٣ ، بيروت .

ثامناً – كتب علم النفس

١- أسس علم النفس العام : د . طلعت منصور وآخرون ، مكتبة الأنجلو المصرية ،ط/١٩٨٩ ، القاهرة .

٢- أصول علم النفس الحديث : د . فرج عبد القادر طه ، دار قباء ، ط/٢٠٠٠ القاهرة .

٣- الدراسات النفسية عند المسلمين والغزالي بوجه خاص : محمد عثمان نجاتي ، دار غريب ، ط١٩٨١/٢ القاهرة .

٤- الدوافع النفسية : مصطفى فهمي ، دار مصر للطباعة ، ط/٦ ، القاهرة .

٥- السلوك الإنساني بين الجبرية والإرادية : د . عبد المجيد سيد أحمد منصور ، د . زكريا أحمد الشربيني دار الفكر العربي ، ط٢٠٠٠/١ ، القاهرة .

٦- علم النفس المعاصر ، حلمي المليجي ، دار النهضة العربية ، ط٢٠٠٠/٨ .

٧- المعجم الفلسفي ، د . جميل صليبا ، دار الكتاب اللبناني ، ط/١٩٨٢ ، بيروت .

٨- المعجم الفلسفي ، مجمع اللغة العربية ط /١٩٧٩ ، القاهرة .

٩- المعجم الفلسفي ، د . مراد وهبة ، دار الثقافة الجديدة ، ط١٩٧٩/٣ ، القاهرة .

١٠- موسوعة علم النفس والتحليل النفسي د . فرج عبد القادر طه ، دار سعاد الصباح ، ط١٩٩٣/١ .

تاسعاً : الرجال والتراجم

١- الإصابة في تمييز الصحابة : ابن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ) ، تحقيق علي محمد البجاوي ، دار الجيل ط١٩٩٢/١ ، بيروت .

٢- الجواهر المضية في طبقات الحنفية : القرشي ، محي الدين عبد القادر (٧٧٥هـ) ، تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو ، هجر ط/١٤١٣ ، القاهرة .

٣- الطبقات السنية في تراجم الحنفية : التميمي ، تقي الدين بن عبد القادر (١٠٠٥هـ) ، تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو ، دار الرفاعي ، ط/١٩٨٣- ١٩٨٩ ، الرياض .

٤- طبقات الشافعية : الإسنوي ، جمال الدين بن عبد الرحيم ٧٧٢ هـ ، دار الكتب العلميةط١٩٨٧/١،بيروت .

٥- طبقات الفقهاء : الشيرازي ، أبو إسحاق (٤٧٦هـ) تحقيق د . إحسان عباس ، دار الرائد العربي ط/١٩٧٠ بيروت .

٦- طبقات فقهاء الشافعية : ابن الصلاح ، تقي الدين أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن الشهرزوري (٦٤٣هـ) ترتيب واستدراك ، النووي (٦٧٦هـ) حققه وعلق عليه محي الدين علي نجيب ، دار البشائر الإسلامية ، ط١/١٤١٣ ، بيروت .

٧- الفوائد البهية في تراجم الحنفية : اللكنوي ، محمد عبد الحي الهندي (١٣٠٤هـ) اعتناء أحمد الزعبي ، دار الأرقم بن أبي الأرقم ط ١/١٤١٨ ، بيروت .

٨- كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون : حاجي خليفة ، مصطفى بن عبد الله (٧٧٥هـ) مكتبة المثنى ، بغداد ، تصوير عن طبعة استانبول /١٩٥١ .

٩- معجم المؤلفين : محمد رضا كحالة ، ط/ مؤسسة الرسالة .

١٠- هدية العارفين وأسماء المؤلفين : إسماعيل باشا البغدادي ، مكتبة المثنى ، بغداد ، تصوير عن طبعة استانبول /١٩٥١ .

عاشراً : اللغة والمعاجم

١- التعريفات : الجرجاني ، الشريف علي بن محمد (٨١٤هـ) دار الكتب العلمية ط١/١٤٠٣، بيروت .

٢- تهذيب اللغة : الأزهري : ابو منصور محمد بن أحمد (٣٧٠هـ) ، تحقيق عبد العظيم محمود ، مطابع سجل العرب ، القاهرة .

٣- القاموس المحيط : الفيروز آبادي ، مجد الدين محمد بن يعقوب (٨١٧هـ) ، دار إحياء التراث العربي ، ط١/١٩٩٧ ، بيروت .

٤- الكليات : الكفوي ، أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني (١٠٩٤هـ) ، مقابلة:د . عدنان درويش ، محمد المصري ، مؤسسة الرسالة ط١/١٩٩٢ .

٥- لسان العرب : ابن منظور ، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (٧١١هـ) ، دار صادر ١٩٥٥ ، بيروت .

٦- مختار الصحاح : الرزاي ، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر ٦٦٦هـ ، المطبعة الأميرية ط١/١٣٢٣ القاهرة .

٧- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي : الفيومي ، أحمد بن محمد بن علي المقريء (٧٧٠هـ) ، المطبعة الأميرية ، ط٦/١٩٢٦ ، القاهرة .

٨- معجم مقاييس اللغة : ابن فارس ، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (٣٩٥هـ) ، تحقيق وضبط عبد السلام هارون ، دار الفكر .

*** *** ***

فهرس الموضوعات